مَنَاهِجُ التَّحْصِيلِ
وَنتائِجُ لطائِفِ التَّأْوِيلِ
في
شَرْحِ المدَوَّنَةِ وحَلِّ مُشكِلاتِها

تأليف

أبي الحسن علي بن سعيد الرجراجي

تقديم

فضيلة الشيخ الأستاذ الدكتور علي علي لقم

اعتنى به

أبو الفضل الدّمياطي

أحمد بن علي

الجزءُ التّاسع

دار ابن حزم

مركز التراث الثقافي المغربي

الطَّبْعَةُ الأُولَى

١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م

ISBN 9953-81-431-7



الكتب والدراسات التي تصدرها الدار
تعبر عن آراء واجتهادات أصحابها

مركز التراث الثقافي المغربي
الدار البيضاء - 52 شارع القسطلاني - الأحباس
هاتف: 442931 - 022/ فاكس: 442935 - 022
المملكة المغربية

دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع
بيروت - لبنان - ص.ب: 14/6366
هاتف وفاكس: 701974 - 300227 (009611)
بريد إلكتروني: ibnhazim@cyberia.net.lb

مَنَاهِجُ التَّحْصِيلِ

وَنَتَائِجُ لَطَائِفِ التَّأْوِيلِ

في

شَرْحِ المدَوَّنَةِ وَحَلِّ مُشْكِلَاتِهَا

(٩)


بسم الله الرحمن الرحيم

كتـاب الاستحقاق



كتاب الاستحقاق

تحصيل مشكلات هذا الكتاب ، وجملتها خمس مسائل :

المسألة الأولى
فيمن اكترى أرضًا فزرعها ، أو غرسها ، أو دارًا فسكنها ثم استحقها رجل

فلا يخلوا المكري من ثلاثة أوجه :

أحدها : أن يكون مشتريًا .

والثاني : أن يكون غاصبًا .

والثالث : أن يكون وارثًا .

فالجواب عن الوجه الأول : إذا كان المكري مشتريًا ، فلا يخلو المكري من ثلاثة أوجه : إما أن يسكن أو يبني ، أو يغرس ، أو يزرع .

فأما الوجه الأول من الوجه الأول : إذا كانت دارًا ، فسكنها المكتري ، ثم استحقها رجل : فلا يخلو من ثلاثة أوجه :

إما أن يستحقها قبل أن يسكن المكتري .

أو بعد انقضاء [أمد السكنى] [١].

أو استحقها في أثناء المدة .

فأما إن استحقها بعد عقد الكراء ، وقبل الشروع في السكنى : فالخيار في ذلك للمستحق بين الفسخ ، أو إمضاء الإجارة بالمسمى .

---

(١) في ب : المدة .

فإن اختار الإمضاء : فلا مقال في ذلك للمكتري ، ولا خلاف في ذلك إلا ما تأول من مسألة الغاصب ، ويكون جميع الكراء للمستحق إن أجاز الكراء ، ولا شيء فيه للمكري الذي استحق من يده ، سواء انتقد الكراء أو لم ينتقده .

فأما إن استحقها بعد انقضاء أمد الإجارة : فإن جميع الكراء يكون للمكري ؛ لأن الغلة له بالضمان ؛ لكونه مشتريًا ، وقد استغل بوجه شبهة بخلاف الغاصب ، على ما سنذكره في حكمه إن شاء الله .

وأما إن استحقها في أثناء المدة : فإن الماضي من المدة يكون كراؤها للمكري ، ولا مقال فيه للمستحق ، وإنما مقاله في الباقي إن شاء فسخ فيه الكراء ،وإن شاء جوزه [فيه] (١) بقدر ما ينوبه من المسمى .

وأما الوجه الثاني من الوجه الأول : إذا كانت أرضًا ، فبنى فيها أو غرس : فلا يخلو من أن يستحقها المستحق قبل انقضاء المدة ، أو بعد انقضائها .

فإن استحقها قبل انقضاء المدة ، فإن ما مضى من المدة للمكري ، ويخير المستحق في الباقي بين أن يفسخ الكراء أو يجيزه [على أحد القولين في جواز جميع السلعتين في البيع . وعلى القول الآخر يمنع من جواز ذلك؛ لأن حقه] (٢) على ما بقى من مدة الكراء مجهول ، وذلك بيع بثمن مجهول ؛ إذ لا يعرف ذلك إلا بعد التقويم .

فإن اختار فسخ الكراء على القول بأن له أن يجيزه :فإنه يعطي للغارس قيمة غرسه ، وبنائه قائمًا إلى أجل ، فإن أبى : أعطاه الغارس قيمة أرضه براحا ،فإن أبيا : كانا شريكين ثم يرجع المكتري على المكري بما بقى له من

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

الكراء إن انتقده منه .

واختلف بماذا يكون المكتري شريكًا على قولين :

أحدهما : أنه يكون شريكًا بقيمة بنائه ، وشجره على بقائه [وثباته] (١) في تلك الأرض إلى ذلك [الأمد] (٢) ، وهو مذهب المدونة .

والثاني : أنه يكون شريكًا بما زاد البناء ، والغرس كما قال في الصبغ في أحد أقوال المذهب ، وقد اعترض على قول ابن القاسم في الكتاب ، حيث قال : إن المكتري يرجع على المكري بجميع الثمن مع أن المكتري قد انتفع بتقويم غرسه وبنائه على أنه باق [إلى] (٣) عشر سنين ، فتزيد بذلك قيمته ، فيصير قد انتفع بعض الانتفاع بالأرض التى اكتراها ، فكيف يرجع على المكري بجميع كراء ما بقى له مع انتفاعه بالكراء الذي أكرى منه ، وهذا الاعتراض لازم لابن القاسم ، ولا انفصال عنه .

فإن استحقها بعد انقضاء المدة : كان الكراء للمكتري ، ولا حق فيه للمستحق ،ويبقى سلطانه على المكتري ، فيخير [عليه] (٤) بين أن يأمره بقلع غرسه ، ونقض بنيانه ، أو يعطيه قيمته مقلوعًا ، على نعت ما تقدم في كتاب الغصب .

وأما الوجه الثالث [من الوجه الأول] (٥) : إذا كانت أرضًا فاكتراها للحرث ، ثم استحقت : فلا يخلو من ثلاثة أوجه : إما أن يستحقها قبل أن يعمل فيها عملاً ، أو بعد أن حرثها ، ولم يزرع ، أو بعد أن زرع .

فأما إن استحقها قبل أن يعمل فيها المكتري عملاً ، وكان ذلك في زمن

---

(١) في أ : ونباته .
(٢) في ب: الأجل .
(٣) في أ : على .
(٤) سقط من ب .
(٥) سقط من أ .

عملـها : فالخيـار في ذلك للمـستحق ، إن شـاء جوز الكراء ، ويـكون له جميع الكراء ، وإن شاء فسخه ، ، ولا إشكال في ذلك .

فإن استحقها بعد أن حرثها المكتري ، وقبل أن يزرع : فقد اختلف فيه على قولين :

أحدهما : أنه لا شيء للمستحق [في الكراء] [١].

والثـاني : أنه بالخيار بين أن يعطيه قـيمة حرثه ، فإن أبى : أعطاه الآخر قيمة كرائها ، فإن أبى : هل يكونان شريكين أم لا ؟ على قولين :

أحدهـما : أن المكتري إذا أبَى أن يدفع قيمـة كرائها : أنه يسلم الأرض بحرثه لربهـا ، ولا شيء له عليه ، وهو قول ابن القاسم فـي المستخرجة ، وهو أحد الأقوال في كتاب « تضمين الصـناع » : إذا لم يدفع القاطع قيمة الثوب أسلمه بخياطته .

والثاني : أنه يكون [شريكًا له] [٢] في كراء هذه السنة بقيمة الحرث إن أكريت ، فيكون لـهذا قيمة الأرض بلا حرث ، ولهذا قيـمة الحرث ، فما [أكـريـت] [٣] به اقتسـماه على ذلك ، وإن لم يـجد من يكتريـها منه ، وأكريت في العام الثاني : فعلى مـثل ذلك إلا أن تذهب منفعة ذلك الحرث فلا يكون للذي حرثها شيء ،وهو قول سحنون في مسألة تضمين الصناع : أن القاطع يشاركه [بالخياطة][٤] .

فإن باعهـا المستحق لم يكـن للذي زرعها شيء إلا أن يـزيد الحرث في الثمن : فيكون له ذلك الزائد .

---

(١) في أ : للكراء .

(٢) في أ : له شريكًا .

(٣) في ب : اكتريت .

(٤) في أ : في الخياطة .

فأما إن استحقها بعد أن زرعها المكتري : فلا يخلو من وجهين : إما أن يكون ذلك قبل فوات الإبان ، أو بعد فواته ، فإن كان ذلك قبل فوات الإبان : فالكراء للمستحق .

واختلف في القدر الذي يصير له منه على قولين :

أحدهما : أنه يكون له جميع الكراء ، وهو قول ابن القاسم في المدونة؛ لأنه جاء في إبان الزراعة ، وهو يدرك أن يزرع لولا ما عطل به المكتري الأرض ، وهو أيضًا زرع [ق / ١٨٥ ب] بوجه شبهة ، فلا يقدر المستحق على أن يأمر له بقلع زرعه .

والثاني : أنه إن ذهب أول الإبان : كان للمكتري الأول بقدر ذلك من الكراء ؛ لأن بقاء الزرع ذلك الأمد قبل قدوم المستحق له قدر من الكراء ، وقد لا يكون زرعه اليوم لو ابتدأ زرعه مثل تبكيره بالزرع ، فيكون للمستحق قدر ما ينوب الوقت الذي يستحقها فيه ، وهو قول عبد الملك .

واختلف إذا قدم المستحق في الإبان ، وخاصم فحكم له بعد ذهابه ، هل يكون للمكتري ، أو للمستحق ؟

على قولين حكاهما اللخمي .

وأما إن قدم بعد فوات الإبان : فلا يخلو من أن تكون الأرض تزرع بطنًا واحدًا ، أو أرضًا تزرع بطونًا .

فإن كانت أرضًا تزرع بطنًا واحدًا : فالكراء في هذا الوجه للمكري ، قولاً واحدًا.

فإن كانت أرضًا تزرع بطونًا ، فزرع بطنًا فاستحق قبل أن يزرع [البطن][1] الثاني : كان الماضي للمكري الأول ،والباقي للمستحق ، ويكون

---

(١) سقط من أ .

له الخيار بين أن يجيز الكراء ، أو يفسخه ، فإن جوزه : كان له الخيار أيضًا إن شاء لزمه المسمى [ق/ ١٧٤/ ٢أ] ، وإن شاء لزمه كراء المثل ؛ لأن حق الزارع في ألا يقلع زرعه فقط ، وليس حقه في أن يكون ما عقد به المكري لازمًا للمستحق .

والجواب عن الوجه الثاني من أصل التقسيم : إذا كان المكري غاصبًا : فلا يخلو المكتري من الأقسام التي قدمناها ؛ إما أن يكون سكن ، أو بناء أو غرس ، أو زرع .

فإن كان دارًا فسكنها : فلا خلاف في المذهب أن له الخيار فيما بقى من المدة إن شاء جوز فيها الكراء ، وإن شاء [فسخه] [1] على الخلاف الذي قدمناه إذا جوز هل يجوز أم لا .

واختلف في كراء ما مضى من المدة ، هل يكون للمكري ، أو للمستحق .

ومبنى هذا الخلاف : على الخلاف الذي قدمناه في غلاَّت الشيء المغصوب لمن تكون .

فإن بنى أو غرس : فلا يخلو من أن يعلم المكتري بالغصب ، أو لا يعلم .

فإن علم بالغصب : فحكمه حكم الغاصب في جميع وجوه الغصب .

فإن لم يعلم به : فإن المستحق يخير بين أن يجيز الكراء بقية المدة ، أو ينقضه فيعطيه قيمته قائمًا إلى الأجل الذي أكرى إليه ، على ما بيناه في الفصل الذي قبله .

فإن زرع : فلا يخلوا من أن يعلم بالغصب ، أو لا يعلم .

---

(١) في أ : فسخ .

فإن لم يعلم بالغصب : فحكمه حكم من اكترى من مشترٍ ، وقد قدمناه .

فإن علم بالغصب : فحكمه حكم الغاصب إذا غصب أرضًا ، فزرعها ثم استحقها ربها : فلا يخلو من أن يستحقها في إبان الزراعة ، أو بعد فوات الإبان .

فإن استحقها في إبان الزراعة : فهو أحق بأرضه سواء أدركها قبل أن يزرعها الغاصب [أو] [١] بعد أن زرعها ، إذا لم يبرز الزرع من الأرض ، فإن برز من الأرض ،وظهر : فلا يخلو من أن يبلغ مبلغًا [يقع به الانتفاع أو لا يبلغه . فإن بلغ أن] [٢] ينتفع به إن قلع : فالزرع للغاصب ، وللمستحق أن يأمره بقلعه ليفرغ له أرضه ، ويتمكن من زراعته.

فإن اختار المستحق أن يدفع قيمته مقلوعًا ، ويقر الزرع في أرضه ، هل يجوز ذلك له أم لا ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أن ذلك له ،وهو مذهب المدونة .

والثاني : أن ذلك لا يجوز له ؛ لأن ذلك من باب بيع الزرع قبل بُدُو صلاحه على التبقية .

والأول أظهر ؛ لأن النهي من النبي ﷺ عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها على البقاء : إنما أراد بذلك إذا كان للبقاء ثمنًا ، ولا يدري هل يسلم أو لا يسلم ، وفي مسألتنا : فإنه يدفع قيمته مقلوعًا مطروحًا ، وليس للبقاء ثمن .

---

(١) في أ : أم .

(٢) سقط من أ .

فإن بلغ للزرع مبلغًا لا يقع به الانتفاع في حين الاستحقاق : فإن الزرع لصاحب الأرض بلا قيمة ؛ كما لو كان الاستحقاق قبل البروز ، إلا أن يشاء أن يكلف الزارع [قلعه] (١) : فإن ذلك له .

وأما إذا وقع الاستحقاق بعد خروج الإبان ، هل يكون الزرع للغاصب، أو للمغصوب منه ؟

فالمذهب على ثلاثة أقوال :

أحدها : أن الزرع للغاصب ، وعليه كراء الأرض ، وهو قول مالك في المدونة .

والثاني : أن الزرع للمغصوب منه الأرض ، وإن خرج الإبان وطاب الزرع أو حصد ، وهذا القول مروي عن مالك أيضًا .

والثالث : أن الزرع للغاصب ، وللمستحق أن يقلعه ، ويأخذ أرضه ، وهي رواية ذكرها أبو محمد عبد الوهاب القاضي في المذهب ، والرواية الثانية حكاها الشيخ أبو الحسن اللخمي .

فوجه القول الأول : أن المستحق إذا استحق أرضه ، وقد فات إبان الزرع : لا حق له في الزرع ، وإنما حقه في كراء أرضه الذي انتفع به الغاصب لا أكثر ، فإذا أخذه لم يظلم .

ووجه القول الثاني : قوله ﷺ : « **ليس لعرق ظالم حق** » (٢) .

ووجه القول الثالث : ما رواه الترمذي عن النبي ﷺ أنه قال : « **من زرع أرض قوم بغير إذنهم ، فليس له من الزرع شيء ،وله نفقته** » (٣) ، ولم

(١) في أ : قطعه .

(٢) تقدم .

(٣) أخرجه أبو داود (٣٤٠٣) ، والترمذي (١٣٦٦) ، وابن ماجة (٢٤٦٦) ، وأحمد (١٧٣٠٨) من حديث رافع بن خديج ، وصححه الشيخ الألباني ـ رحمه الله تعالى .

يفرق بين القيام في الإبان ،ولا بعده.

والجواب عن الوجه الثالث من أصل التقسيم : إذا كان المستحق وارثًا ؛ مثل أن تكون دارًا بيد رجل فسكنها ، أو أكراها من غيره ، أو كانت أرضًا فزرعها واستغلها زمانًا : فلا يخلو من كان ذلك الشيء بيده من ثلاثة أوجه:

إما أن يكون استغل ، أو استعمل ،أو عطل.

فإن استغل : فلا يخلو من أن يكون وارثًا طرأ عليه من يشاركه في الميراث ، أو كان وارثًا ثم طرأ عليه من يحجبه عن الميراث .

فإن كان وارثًا وبيده دار أو أرض يستغلها ويأخذ خراجها ، وما يتولد منها من سائر أنواع الغلات ، ثم طرأ عليه أخ يشاركه في الميراث : فلا يخلو الأخ الذى أكرى أو استغل من أن يكون قد حابى في الكراء ، أو لم يحاب .

فإن لم يحاب في الكراء : فلا يخلو المكتري من أن يكون عالمًا بتعدي المكري ، أو غير عالم ، فإن كان عالمًا : فحكمه حكم المتعدي سواء في جميع وجوه التعدي ، على حسب ما بيناه في كتاب الغصب .

فإن كان غير عالم : فلا شيء عليه من قبل المستحق ؛ لأنه استغل بوجه شبهة ، وإنما سلطانه على أخيه الذي يقبض الغلة لنفسه .

فأما إذا حابى في الكراء : فلا يخلو أمرهما من ثلاثة أحوال :

إما أن يكونا موسرين ، أو معسرين ، أو أحدهما موسر ، والآخر معسر .

فإن كان المكتري والمكري موسرين : فلا يخلو المكرى من أن يكون عالمًا بأخيه ، أو غير عالم ؛ فإن كان عالمًا ، فهل يبدأ بالمحابِي ، أو بالمحابَي

الذي هو الموهوب له ؟

فالمذهب على ثلاثة أقوال كلها قائمة من المدونة :

أحدها : أنه يبدأ بالأخ المحابي ، وهو قول ابن القاسم في الكتاب .

والثاني : أنه يبدأ بالموهوب له ـ وهو المكتري ـ وهو قول الغير في الكتاب .

والثالث : أنه مخير يبتدئ بأيهما شاء ، وهو قول أشهب .

وسبب الخلاف : ما قدمناه في المسبب والمباشر أيهما أولى بالغرامة ، والقول بالتخيير مساواة الجانبين في وجوب الضمان ، فكل واحد من الوجهين على الانفراد .

فإن كانا معسرين : فله أن يتبع من أيسر منهما أولاً .

فإن كان أحدهما موسرًا ، والآخر معسرًا : فله أن يتبع الموسر منهما ، فإن كان المتعدي هو الموسر منهما على القول بأن التبدئة للموهوب له ، هل للمتعدي المحابي أن يرجع على المحابى بما غرم من قيمة المحاباة أم لا ؟

على قولين ، وقد قدمناهما في كتاب الغصب .

فإن كان المحابي المكتري هو الموسر على القول بأن التبدئة بالمجابي المتعدي هل للمكتري المحابي أن يرجع بذلك القدر على المكري المحابى أم لا ، على القولين .

فإن لم يعلم بأن له أخًا ، فعلى من يرجع المستحق ؟ فالمذهب على قولين منصوصين في المدونة :

أحدهما : أنه يرجع على الموسر منهما ، فإن استويا في اليسر : كان له الرجوع على أخيه ، وهو قول ابن القاسم في الكتاب .

والثاني : أنه يرجع بالمحاباة على المكتري في اليسر والعسر ، ولا يتبع

الأخ بشيء ، وهو ظاهر قول غيره في المدونة في « كتاب الاستحقاق » ، ووقع لابن القاسم في « كتاب السرقة » مثل قول غيره ها هنا ، واختلف المتأخرون هل قول الغير خلاف لقول ابن القاسم ، أو وفاق ؟ فمنهم من ذهب إلى الوفاق ، وأن جواب ابن القاسم فيما إذا علم أن له أخًا ،وأما إذا لم يعلم ، فيكون كما قال الغير ، وهو تأويل الشيخ أبي محمد بن أبي زيد، واستدل على ذلك بقوله في المدونة في كتاب الاستحقاق : « وفي المكتري يهدم الدار ، فيهب له المكري قيمة الهدم ، ثم يستحقها رجل : أن المستحق يطلب الجاني » ، وقوله في العبد يسرق ، فيموت فيهب المسروق منه قيمته للسارق ثم يستحق : أن المستحق يطلب السارق ، ولا يطلب الواهب؛ لأنه فعل ما يجوز له ، ولم ينتفع ولا باع ، وذهب غيره إلى أنه خلاف ، وسواء علم أو لم يعلم ـ على قول ابن القاسم ـ وهو أسعد بظاهر الكتاب ؛ لأنه متعد في هبة شيء في يديه من ملك المستحق ،ومسألة هبة الهادم والسارق ليس بهبة شيء حصل في يديه ، ولا تعدى عليه ، وهبته له في الحقيقة كهبة الأجنبي لما ليس في يديه ، فلا يلزمه منه شيء .

والحكم فيما بقى لم يستوفى من مدة الكراء في حين الاستحقاق تقدم فيه الكلام في كتاب الغصب .

وأما إن طرأ عليه من يحجبه عن الميراث جملة ؛ مثل أن يكون أخًا للميت ثم طرأ له ولد : فإنه يكون حكمه حكم من استحق بيده شيء ، وليس هو بغاصب ولا علم بالغصب في جميع وجوه المسألة : فلا فائدة للتكرار .

وأما الوجه الثاني من الوجه الثالث : إذا استعمل ؛ مثل أن تكون دارًا فسكنها ، أو أرضًا فزرعها ، ثم طرأ عليه من يشاركه في الميراث ، أو من يحجبه جملة .

فأما إذا طرأ عليه من يشاركه في الميراث : فلا يخلو من أن يكون عالمًا ، أو غير عالم.

فلو كان عالمًا : فللأخ الرجوع عليه بحصته من الكراء فيما سكن أو زرع .

فإن كان غير عالم هل يرجع عليه أخوه بالكراء أم لا ؟

فالمذهب على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه لا يرجع عليه بشيء ، وهو قول ابن القاسم في المدونة.

والثاني : أنه يرجع عليه بكراء نصيبه فيما سكن أو زرع ، وهي رواية علي بن زياد عن مالك في المدونة .

والثالث : التفصيل بين أن يكون في نصيبه ما يكفيه في السكنى والزراعة ، ولم يصن بذلك ماله : فإنه لا يرجع عليه بشيء ، وبين ألا يكون [ق / ١٧٥/٢أ] في نصيبه ما يكفيه في سكناه أو حرثه : فيلزمه لأخيه نصف الكراء ؛ لأنه قد صون بذلك ماله ، ولولاه لاكترى من ماله موضعًا يسكن فيه أو يزرع ، وهي رواية عن ابن القاسم أيضًا ، وهذا القول قائم من المدونة أيضًا من قول ابن القاسم في الكتاب ، وعنى به : أن لو علم لم يسكن نصيب الأخ ، ولكان في نصيبه من الدار ما يكفيه ، وظاهره: أنه إذا لم يكن فيه ما يكفيه لزمه الكراء .

وأما إذا طرأ عليه من يحجبه عن الميراث : فينبغي أن يرجع بكراء ما سكن أو زرع ، قولاً واحدًا .

وأما الوجه الثالث من الوجه الثالث : إذا عطل ؛ مثل أن تكون دارًا فغلقها ، أو أرضًا فبورها : فإنه لا شيء عليه في نصيب الطارئ ؛ لأنه لم يستغل ولا استعمل ولا غصب شيئًا ، والحمد لله وحده .

❑❑❑

المسألة الثانية

في استحقاق الأمة في البيع [ق/١٨٦ب] وقد وطئت

فلا تخلو من وجهين : إما أن توطأ بملك ، أو بنكاح .

فإن وطئت بملك اليمين : فلا تخلو من أن تلد من وطء واطئها ، أو لم تلد .

فإن لم تلد من واطئها : فلا تخلو من أن تستحق بحرية أو بملك .

فإن استحقت بحرية ، فهل لها الصداق على الواطئ أم لا ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنها لا شيء لها من الصداق ولا غيره ، وهو قول ابن القاسم في المدونة في كتاب الاستحقاق .

والثاني : أن لها صداق المثل ، وهو قول المغيرة .

فإن استحقت بملك بعد أن وطئها المشتري ، فإن كانت ثيبًا : فلا شيء عليه ، وإن كانت بكرًا ، فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنه لا شيء عليه مما نقصها الافتضاض ، وهو قول مالك ، وابن القاسم في المدونة .

والثاني : أن عليه ما نقصها بمنزلة من اشترى طعامًا فأكله أو ثيابًا فلبسها، وهذا القول أيضًا قائم من المدونة من مسألة الثياب والطعام ، وهو الصحيح ؛ لأن المشتري لم يكن ضامنًا لها لو هلكت ؛ لأنه يرجع على بائعه بالثمن .

فإن ولدت من واطئها : فلا يخلو الواطئ من أن يكون [وطئها] [١] بنكاح ، أو وطئ بملك ؛ فإن وطئ بنكاح وهو يظن أنها حرة ، فهل يأخذها وقيمة الولد أم لا ؟ على قولين :

أحدهما : أنه يأخذها وقيمة الولد ، وهو قول ابن القاسم .

والثاني : أنه ليس له إلا قيمتها خاصة ، وهو قول غيره [في] [٢] مختصر ابن الجلاب .

فإن وطئها بملك : فقد اختلف فيه قول مالك على ثلاثة أقوال كلها قائمة من المدونة منصوصة في المذهب :

أحدها : أنه يأخذها وقيمة ولدها .

والثاني : أنه يأخذ قيمتها وقيمة الولد .

والقولان منصوصان في المدونة .

والثالث : أنه يأخذ قيمتها ولا شيء عليه في الولد ، وهذا القول الذي أفتى به مالك لنفسه في أم ولده إبراهيم لما استحقت ،وبه أخذ من أصحابه ابن كنانة ، وابن أبي حازم ، وابن دينار ، وابن الماجشون ، والمغيرة ، وأكثر المدنيين ، وهذا القول قائم من المدونة ، ولاسيما في بعض الروايات، وذلك أنه قال في الكتاب : يأخذها وقيمة الولد من والدهم ،وهو الذي أخذ به ابن القاسم ، وعليه جماعة الناس ، ثم قال : وقد قال مالك مرة بقوله ،ثم رجع عن ذلك فقال : يأخذ قيمة الجارية ؛ لأن ذلك ضرر على المشتري ـ معناه : قيمتها فقط ـ ويؤخذ أيضًا من قول مالك آخر الباب حيث قال : وأما الجارية : فإنها ترد ما لم تحمل ، فإذا حملت : كان على

(١) في أ : وطئ .

(٢) في أ : من .

سيدها الذي حملت منه قيمتها للذي استحقها ، فظاهره : قيمتها على تلك الحال .

ولم يختلف قول مالك أنه لا يأخذ الولد ، وإنما اختلف قوله هل يأخذ قيمته أم لا ؟

وعلى القول بأنه يأخذ قيمة الولد هل قيمته يوم الحكم ، أو يوم ولد ؟

فالمذهب على قولين قائمين من المدونة .

أحدهما : أنه يأخذ قيمته يوم الحكم ، وهو قوله في المدونة ، وهو المشهور في المذهب .

والثاني : أنه يأخذ قيمته يوم ولد ، وهو قول المغيرة في كتاب ابن حبيب ؛ لأنه من يومئذ تعينت قيمته للمستحق ؛ إذ لا سبيل له إلى أخذه بعينه ، فإذا عاش الولد إلى يوم الاستحقاق كانت له تلك القيمة كأنه لم يزل مالكًا لها .

واختلف هل يقوم بماله [إن كان له مال . على قولين :

أحدهما : أنه يقوم بغير ماله ، وهو قول ابن القاسم في الكتاب.

والثاني : أنه يقوم بماله] (١) وهو أحد قولي المذهب في أمِّ الولد إذا جنت؟

وعلى القول بأنه يأخذ قيمتها ، فهل يجبر المستحق على قبول القيمة ، ويكون الخيار للمستحق منه ؟ أو المستحق منه مجبور على دفع القيمة ، ويكون الخيار للمستحق ؟

فالمذهب على قولين قائمين من المدونة :

---

(١) سقط من أ .

أحدهما : أن الخيار في ذلك للمستحق منه ؛ إن شاء سلم له جاريته ، وإن شاء أعطاه قيمتها ، ويجبر على قبولها ، وهو قوله في المدونة في كتاب الاستحقاق ، وكتاب القسمة [لقوله : لأن في ذلك ضرر على المشتري ومعنى الضرر كون أم الولد رقًا لغيره ، وقد يلحقه العار من ذلك ولاسيما إن كان من ذوي الهيبات ، والمناصب فيستضر بذلك هو وولده ، فإذا سلمها له ، ورضى بإسقاط حق نفسه ، وحق ولده فلا مقال في ذلك للمستحق .

والثاني : أن الخيار في ذلك للمستحق ، إن شاء أخذ شيئه ، وإن شاء كلفه القيمة ، فإذا اختار القيمة خير المستحق منه على دفعها ،وهي رواية ابن القاسم في رواية عيسى عنه في العتبية ، والموازية وهو قائم من المدونة من بعض الروايات ، وقد قال في بعض روايات المدونة : إلا أن يكون في ذلك ضرر على سيدها ، فترد إليه . هكذا وقعت الروايات في بعض نسخ المدونة في كتاب الاستحقاق وكتاب القسمة] [1] والضرر المعتبر في قطع المستحق ؛مثل أن يكون بها مغرمًا ، وفيها محبًا ، وبه ميل للصبابة إليها ، فكونه مجبوراً على أخذ قيمتها ، والحالة هذه ـ يكون مضراً ؛ إذ هو المالك، فيغلب ضرره على ضرر من ليس بمالك .

وعلى هذه الرواية اعتدم بعض شيوخنا ، وقال الشيخ أبو عمران الفاسي [رحمه الله] [2]: أو يكون المستحق منه عديمًا بالقيمة ، فيلحق الضرر المستحق في ذلك لا هو إلى القيمة ، ولا هو إلى عين شيئه مع قيامه، وهذا التأويل أيضًا لائق بالرواية .

وهل القيمة في ذلك يوم الحكم أو يوم الوضع ؟

(١) سقط من أ .

(٢) زيادة من ب .

قولان ، وقد قدمناهما في ذكر الابن ، والكلام فيهما واحد .

وعلى القول بأنه يأخذها وقيمة الولد : فإنه يؤخر حتى تضع فيأخذها وقيمة الولد ،فإن أسقطته قبل ذلك ، أو ماتت حتف أنفها : لم يكن له على الأب شيء .

وعلى القول بأنه يأخذ قيمتها وقيمة الولد : فله أن يأخذ قيمتها الآن ، ولا ينتظر الوضع ، فإن ماتت قبل الحكم : فلا شيء عليه من قيمتها وعلى [القول بأنه ليس له إلا قيمتها ولا شيء عليه في الولد ، فإنه يأخذ قيمتها يوم حملت ، فإن ماتت قبل] (١) الوضع ، وقبل الحكم لم تسقط عنه القيمة ؛ لأنها بالحمل وجبت ، كما قال في الأب إذا وطئ أمة ابنه ، وكما قال في أحد الشريكين إذا وطئ أمة بينهما فحملت من وطئه ، وهو نص قوله في كتاب ابن حبيب ؛ فعلى هذا تكون أم الولد للواطئ بنفس الحمل.

وعلى القول بأنه يأخذها مع قيمة الولد [أو قيمتها] (٢) وقيمة الولد ، فلا يخلو الولد من أن يكون حيًا ، أو ميتًا .

فإن كان الولد ميتًا : فلا يخلو من أن يموت حتف أنفه ، أو مات مقتولاً .

فإن مات حتف أنفه : فلا شيء على الأب من قيمته ؛ لأن القيمة عوض عن تسليمه لما لم يتمكن فيه التسليم ، فإذا مات فقد سقط العوض، ولا خلاف ـ أعلمه ـ في هذا الوجه إلا على القول باعتبار القيمة يوم ولد على مذهب المغيرة :فإنه لا ينظر إلى موته ، ولا إلى قتله ـ عمدًا أو خطأ ـ ولا إلى ما أخذ فيه ـ قليلاً كان أو كثيرًا ـ لأن القيمة ثابتة عليه .

فإن مات مقتولاً : فلا يخلو من أن يقتل عمدًا ، أو خطأ .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

فإن قتل عمدًا فقتل فيه قاتله : فلا شيء على الأب أيضًا ، فإن عفا الأب عن القود : فلا يخلو من أن يعفو على مال ، أو على غير مال .

فإن عفا على غير مال : كان الحكم فيه كما لو اقتص ، فلا شيء عليه للمستحق .

فإن عفا على مال : فللمستحق على الأب الأقل من قيمته يوم قتل ، أو ما صالح به وعفا عليه ، ويرجع المستحق على القاتل إن صالح على أقل من الدية بالأقل من بقية القيمة أو الدية ، أو يرجع عليه بجميع الدية إن عفا الأب على غير مال ، ما لم تكن أكثر من القيمة .

فأما إن كان قتله خطأ : فالدية للأب .

وهل يتبع المستحق الأب بشيء أم لا ؟ على قولين :

أحدهما : أنه يتبعه بقيمة الولد ، وهو قول ابن القاسم .

والثاني : أنه لا يتبعه بشيء كما لو مات ؛ لأنه أخذ دية حر ، وهو قول أشهب في الموازية ، على القول بأن الأب يغرم القيمة ، فلا يخلو من أن يقوم عليه المستحق قبل أن يقبض الدية من العاقلة ، أو بعد ما قبضها .

فإن قام عليه قبل أن يقبض الدية : فلا شيء عليه حتى يقبض فيقضي من أول نجم ، فإن لم يوف منه فمن الثاني أو من الثالث حتى يستوفي جميع القيمة ، وهذا إذا كانت القيمة أقل من الدية ، وأما إذا كانت أكثر : فإن المستحق يتولى اقتضاءها من العاقلة .

فإن قام عليه بعد أن قبضها ، فإن كانت قائمة بيده أو أنفقها وعنده مال: فإنه يأخذ من عنده المستحق الأقل من قيمة الولد ، أو ما أخذ في ديته .

فإن لم يكن عنده مال ، وقد أنفق الدية : فإن المستحق يتبع الأب ،ولا

رجوع له على العاقلة ؛ لأنهم غرموا دية الحر ، والمقال فيها للأب ، والسيد يستحق بالرق ، والمقال له على الأب .

وأما إن كان الولد حيًا : فلا يخلوا من أن يكون سليمًا ، أو جنى عليه فإن كان سليمًا : فالقيمة على الأب إن كان موسرًا من غير اعتبار بحال الابن في اليسر والعسر .

فإن كان الابن معسرًا ، أو الابن موسرًا ،هل يغرم الابن [القيمة] [١] أم لا ؟

[فالمذهب] [٢] على قولين منصوصين في « المدونة » في « كتاب الاستحقاق » :

أحدهما : أن الابن يغرم القيمة ؛ لأنها عنه أُدِّيَت ، وهو قول ابن القاسم .

والثاني : أنه [ق / ٢/١٧٦ ـ أ] لا شيء على الابن ، ويتبع المستحق الأب بالقيمة حتى ييسر ، فيأخذها منه ، وهو قول غيره في الكتاب .

فإن وقع الاستحقاق بعد موت الأب : فلا يخلو الأب من أن يموت موسرًا ، أو معسرًا .

فإن مات موسرًا ، فهل تؤخذ القيمة من ماله أم لا ؟

أما على القول بأن القيمة وجبت يوم ولد : فلا تفريع ، وأما على القول بأن القيمة [تجب] [٣] يوم الحكم : فإنه يتخرج على قولين :

أحدهما : أن القيمة تؤخذ من مال الأب ، وهو قول ابن القاسم في

---

(١) سقط من أ .
(٢) سقط من أ .
(٣) سقط من أ .

كتاب الجنايات من المدونة في أم الولد إذا جنت ، ثم يموت السيد قبل أن يقام عليه ، فقال ابن القاسم : لا شيء عليه ، ولا عليها إذا مات فقيراً.

والثاني : أنه لا شيء على الأب بعد موته ، ولا يؤخذ من ماله شيء ، وهو قول الغير من مسألة أم الولد ؛لأنه قال : إنما يكون ذلك على السيد مع اليسر إذا أقيم عليه قبل أن يموت ، وإلا فذلك عليها ،ولا شيء على السيد ، فخالف ابن القاسم في الوجهين ؛ في يسره إذا مات ، وفي أخذ القيمة من أم الولد [فعلى القول بأنه لا تؤخذ القيمة من مال الأب بعد الموت إن مات موسراً أو مات وهو معسر ، هل تؤخذ القيمة من الولد] [1] أم لا ؟ فذلك على قولين :

أحدهما : أن القيمة تؤخذ منه إن كان موسراً ،ويتبع بها إن كان معسراً، وهو الذي يأتي على قول ابن القاسم في المدونة ؛ لأنه قال : فإن القيمة تؤخذ من الابن في عسر الأب إذا كان موسراً ، فإن كانا معسرين : فإن المستحق يتبع أولهما يسراً .

والثاني : أنه لا يتبع بشيء في العسر واليسر ، وهو ظاهر قول غيره .

فأما إن كان الولد مجنيًا عليه ؛ مثل أن تقطع يده خطأ ، فأخذ الأب نصف دية ولده ، ثم استحق رِجل أمة ، فإنه يكون للمستحق قيمة الولد أقطع اليد يوم يحكم له ، فهذا نص المدونة على ما سنوضحه وضوحًا يزيح الإشكال ،ويرفع الاحتمال إن شاء الله [ق / ١٨٧ب].

وقد اختلف في دية [اليد] [2] التي أخذها الأب لمن تكون على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنها تكون للأب ، فيؤدي منها القيمة ، فإن فضل شيء فهو

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ب .

له ، وهو ظاهر قوله في المدونة ؛ حيث قال : يغرم الأب ما بين قيمته صحيحًا وقيمته أقْطع اليد ، وكان الفضل للأب .

والثاني : أن الأب يغرم القيمة من الدية ، وما فضل يكون للابن ،وهذا أحد أقوال سحنون ، وهو تأويل أكثر المتأخرين على المدونه من قوله : «وكان الفضل للأب » ، قالوا : معناه : يكون له النظر فيه ؛ وهو الصحيح لأن الولد الصغير تحت نظر أبيه ؛ لأن ذلك ملك للأب ؛ إذ هو أرش الجناية على الولد ، فبأي شيء يأخذه الأب ، ويدل على هذا أيضًا قوله في أول المسألة : إذا قطعت يد الولد ،فأخذ الأب نصف دية ولده ، فدل أنه إنما قبض دية ولده لصغره .

والثالث : أن الدية كلها للابن ،وعلى الأب غرم قيمته ما لم تكن أكثر مما أخذ ، وهو قول سحنون أيضًا .

والرابع : أن دية اليد للابن ، ولا شيء للمستحق على الأب ولا على الابن ، وهو قول أشهب في الموازية في القتل إذا قتل خطأ ، وحكاه ابن وضاح عن سحنون أيضًا ، وقال : أنكر سحنون أن يكون على الوالد من قيمة ولده شيء ، وقال : إنما تكون الدية للابن ، وقول سحنون فيه اضطراب ؛ لأنه [وإن قال : إن] (١) القيمة جميعها [لازمة] (٢) للأب فيبقى أرش اليد للولد ، فلم قال: لا يلزمه ما زاد على ما أخذ في اليد .

فإذا قلنا بمذهب المدونة أن الأب يغرم الأقل من قيمته أقطع اليد يوم الحكم أو ما أخذ في ديته ؛وبيان ذلك أن ينظر إلى القطع ، هل كان قبل الاستحقاق أو كان يوم الاستحقاق .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

فإن كان [قبل] [١] الاستحقاق، فإن الولد يقوم ثلاث تقويمات : قيمته يوم الاستحقاق أقطع [وقيمته يوم الجناية سليمًا] [٢] وقيمته يوم الجناية أقطع اليد ، فيضاف ما بين قيمته يوم الجناية سليمًا ،وقيمته يوم الجناية أقطع إلى قيمته يوم الاستحقاق ، فيأخذه المستحق إلا أن يكون ما بين قيمته سليمًا يوم الجناية ، وقيمته يوم الجناية أقطع أكثر من دية اليد التي أخذ الأب فلا يزاد عليها .

وإنما يعتبر الأقل والأكثر فيما بين قيمته [سليمًا] [٣] يوم الجناية،وقيمته أقطع يوم الجناية ، وبين ما أخذ من الدية خاصة دون قيمته أقطع اليد يوم الاستحقاق ؛ لأنها مستحقة للمستحق على كل حال ؛ لأنها [عضو من][٤] الأعضاء الباقية القائمة التي لا يقدر على أخذها لحريتها [فتقدر] [٥] ؛ مثلاً : إن المستحق استحق الولد ،وهو أقطع : فله قيمته يوم الاستحقاق ، وعلى الحالة التي هو عليها ، واستحق اليد يوم قطعت فله قيمتها يومئذ ، فتكون له قيمة الولد دون يد يوم استحقه ، وله قيمة الولد يوم قطعت ما لم تكن أكثر من دية اليد ، فيكون هذا الولد قد استحق بعضه في وقت [وبعض في وقت] [٦] آخر فقدر أن اليد مستحقة على حيالها يوم قطعت ، وباقي أعضائه مستحقة يوم استحقت ، فهما مستحقان؛ استحقت اليد يوم زالت عن الجسد ،واستحق الولد دون يد يوم الاستحقاق ، ويقوم كل مستحق يوم استحق كذا يتقرر ، ويزول الإشكال الواقع في الكتاب فيها ،

---

(١) سقط من أ .
(٢) سقط من أ .
(٣) في أ : سقيمًا .
(٤) في أ : عوض عن .
(٥) في ب : فيتقدر .
(٦) سقط من أ .

فتكون له قيمة الولد دون اليد يوم الاستحقاق ، وتكون له قيمة اليد يوم قطعت ما لم تكن أكثر من ديتها ، واليد بانفرادها لا قيمة لها ، فاحتيج إلى أن يُقَوّم الولد يومئذ صحيحًا ، ويُقَوّم أقطع ، فما بين القيمتين هو قيمة الولد .

ولولا اختلاف أوقات التقويم لغرم الأقل من قيمته صحيحًا ، أو من قيمته مع ما أخذ من ديته ، وكان الجواب مختصراً .

ولو كان القطع يوم الاستحقاق والحكم لقيل له ادفع الأقل من قيمته سليمًا الآن قبل قطعه ، ومن قيمته مقطوعًا ، ولا يحتاج ها هنا إلا إلى قيمتين : سليمًا ومقطوعًا .

فإن كانت قيمته سليمًا أقل : لم يلزمه سواها ، وكان ما فضل من الدية للابن ، أو للأب على الخلاف الذي قدمناه .

وصورة المسألة أن تقدر أن قيمته صحيحًا : مائة دينار والجناية يوم الاستحقاق ، وقيمته أقطع : ستون ديناراً ، فقيمته سليمًا ـ في هذه الصورة ـ أقل ، فهذا الذي يغرم الأب ،وليس للمستحق سواها ؛ إذ لا مظلمة عليه في ذلك ؛ لأنه يأخذ قيمة عبد .

فإن قدرت أن قيمته سليمًا : ألف دينار ،وقيمته أقطع : أربعمائة دينار: كانت القيمة ـ ها هنا ـ أكثر ، ولا يغرم الأب إلا قيمته مقطوعًا مع ما أخذ من الدية .

فافهم هذا التفسير والبيان ، فما أظن وقع في المدونة أشكل من صورة هذه المسألة ،ولا أصعب منها على المتعلمين .

واعلم أنه إذا اختلفت أوقات التقويم ،وكانت الجناية قبل يوم الاستحقاق حيث يقوم ثلاث تقويمات : أن قيمته يوم الاستحقاق أقطع

لازمة لـلأب على كـل حال ؛ لأن قيـمته عـلى تـلك الصـفة عوضًـا عن الأعضاء الـباقية ، وإنما يعـتبر الأقل ،والأكثـر فيما بين قـيمته سليـمًا يوم الجناية، وقيمته يـومئذ أقطع ،وفيما أخذ من ديته : فأيهـما أقل فيؤديه مع قيمته مع الاستحقاق أقطع ، فافهم هذا ترشد إن شاء الله .

واختلف في الولد هل يقوم بماله أم لا ؟ على قولين :

أحدهـما : أنه يقوم بغير ماله ، وهو قول ابـن القاسم في «العتبية » ، وابن كنانة في « المجموعة » .

والثاني : أنه يقوم بماله ،وهو قول المخزومي .

والصحيح ما قاله ابن القاسم ؛ لأنـه أسعد بظاهر المدونة ، وهو أسلم من الاضطـراب ؛ وذلك أنه قال فـي الكتاب : فـإن ما فضل مـن دية يده تكون للأب ، وقـال أيضًا : فإذا كان الأب معسرًا ، والابـن موسرًا : فإن القيـمة تؤخذ مـن مال الابن ، فلو كـان يقوم بماله ،فـأيّ فضل يبـقى من الدية، وأيّ مـال يكون للولـد ، فتؤدى منه القـيمة ؛ لأن القيـمة لابد أن تكون أكثر من المال ؛ لأن ماله من بعض صفاته . [فهذه] [١] غائلة غفل عنها من قال : [إنه] [٢] بماله [والحمد لله وحده] [٣].

❐❐❐

(١) في ب : فيده .

(٢) سقط من أ .

(٣) زيادة من ب .

المسألة الثالثة
في الاستحقاق بعد الصلح

ولا يخلو الصلح من أن يكون على الإقرار ، أو على الإنكار .

فإن كان على الإقرار : فحكمه حكم البيع ، ولا إشكال في ذلك .

وإن كان على الإنكار ؛كمن نادعى دارًا فصالح على عبد ،ثم استحق أحدهما : فلا يخلو من أن يكون العبد هو المستحق ، أو الدار هي المستحقة؛ فإن استحقت الدار التي بيد المدعى [عليه] (١) [فيما] (٢) يرجع على المدعي : فالمذهب على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه يرجع في عين شيئه ،وهو العبد الذي دفع إن كان [قائمًا أو قيمته إن كان] (٣) فائتًا ، وهو قول ابن القاسم في المدونة .

والثاني : أنه لا يرجع عليه بشيء ؛ لأنه دفع الخصومة عن نفسه بالعبد الذي دفع [فقد] (٤) نال مقصوده بما أعطى ، فلا يرجع فيه ،وهو قول سحنون .

والثالث : التفصيل بين أن يطول الزمان ، أو يقصر ؛ فإن طال الزمان: لم يرجع [في] (٥) العبد بشيء ؛ لأن المدعي يقول : فاتت ببينتي التي كنت أقيمها ، فلولا صلحك لكنت أقيمها ، ولم يقدر هذا المستحق أن يستحق شيئًا ؛ لأن الذي أتى به باطل .

---

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : فيها .

(٣) سقط من أ .

(٤) في أ : بعدما .

(٥) في أ : على .

فإن كان [ق / ١٧٧/ ٢ ـ أ] الاستحقاق بقرب الصلح : فله الرجوع في عين شيئه إن كان قائمًا ، أو قيمته إن فات ، وهذا القول في « المجموعة» .

فإن استحق العبد كيف يرجع المدعي ؟ وفيما يرجع ؟ فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنه يرجع إلى الدعوى ؛ لأن الصلح قد انتقض ، وهو قول ابن القاسم ، وهومذهب المدونة في غير ما موضع ؛ لأن هذا حكمه حكم البيع أيضًا ؛ لكون المدعى إنما دفع عما ادعى عليه فيه .

والمذهب على أن من باع عرضًا بعرض ثم استحق العرض الذي أخذ : فإنه يرجع في عرضه إن كان [قائمًا أو قيمته إن كان فائتًا] [1] .

والثاني :أنه يرجع بقيمة العبد المستحق من يده ، وهو قول سحنون ، وهذا القول قائم من المدونة أيضًا من مسألة النكاح والصلح عن دم عمد ، وهو الصواب ؛ لأن الرجوع إلى الخصومة رجوع إلى الغرر ، والرجوع بقيمة ما استحق أولاً .

والقول الأول يؤخذ من المدونة أيضًا من « كتاب الشفعة » فيمن ادعى سدس دار بيد رجل ، فأنكر ، فصالحك منه على شقص آخر دفعه لك من دار له أخرى ؛ حيث قال ابن القاسم فالشفعة في الشقص الذي لا دعوى فيه بقيمة المدعى فيه ؛ لأن قابضه مقر أنه اشتراه ،ودفع في ثمنه السدس المدعى فيه ، وهذا دليل على أنه يرجع إلى الخصومة عند استحقاق العبد ؛ لأن العوض الذي قبضه قد استحق ، فكان الحكم أن يرجع إلى رأس أمره.

وقول ابن القاسم إذا استحقت الدار أنه يرجع في عين العبد مع قيامه أحسن ؛ لأن المستحق من يده يقول المدعي إن كنت محقًا فهو شراء مني

(١) سقط من أ .

منك ، فعليك أن ترد العوض ،فإن كنت مبطلاً ، وتقول: إنها الآن داري: لم يحل أن تتماسك بما تقر أنك أخذته بالباطل ، ولا وجه للقول أنه دفع خصومة ؛ لأن المستحق من يده يقول :إنك مقر أنك بائع مني ، وأنك أخذت [ذلك] (١) منى على وجه المعاوضة ، فيكون له الرجوع ، وإن طال الأمد ؛ لأنه يقول : إن كنت محقًا فلا أكلفك أن تثبت ملكك ، وقد اشتريت منك .

فإن استحق نصف العبد : فأما على أصل ابن القاسم : فإن للمدعي أن يرد الباقي ،ويرجع في طلبه ، أو يمسك ويرجع في المطالبة بنصف الدار، ثم ينقلب الخيار للمدعى عليه ، فإن أحب أمضى البيع في نصف الدار ، ويقول للمدعي : إن شئت تمسكت بنصف العبد على أن لا شيء لك، أو ترده ، وترجع في الخصومة ؛ لأني قصدت بالصلح رفع الخصومة، فإذا كنت تعود تخاصمني : كان عليّ في ذلك ضرر .

وأما على قول سحنون : فإن له أن يرجع بنصف قيمة العبد ، أو يرد الباقي بعيب الشركة ،ويرجع بجميع قيمته ، وهو أقيس ، وقوله في الكتاب في هذا الباب في الذي له على رجل ألف درهم ،فحط عنه خمسمائة درهم على أن يعطيه بالخمسمائة الدرهم الباقية عبده ميمونًا ، فاستحق العبد ؛ حيث قال : فإنه يرجع بالألف كلها ، وقال أبو عمران الفاسي : فيه دليل على أن الغبن [اليسير] (٢) في البيوع جائز ، وإن زاد على الثلث خلاف ما ذهب إليه البغداديون ، ووفاقًا لما في « كتاب ابن حبيب » ، قال : يستدل على ذلك أيضًا بمسألة الوكيل إذا باع ما وكِّل على بيعه بما لا يتغابن الناس فيه وفات : أنه ماض ،ويضمن الوكيل ، وما قاله

---

(١) سقط من أ .

(٢) في ب : الكثير .

أبو عمران ليس بظاهر ؛ إذ ليس في مسألة الوكيل ما يدل على أنه أكثر من الثلث ،ومسألة الألف أيـضًا ليس فيها بيان على الغبن ، ولعـل قيمة العبد الألف ،أو ما يقارب منه [والحمد لله وحده][1].

❑❑❑

(١) زيادة من ب .

المسألة الرابعة
في الرّجل يوصي عند موته بوصية ، فتنفذ وصاياه وقسم ماله ، ثم استحق رجل رقبته أو شهد بموته ثم ثبت أنه حيّ بعد أن زوجت زوجته وقسمت تركته

فأحد السؤالين أصل ، والآخر فرع ، ونص ما في المدونة : قلت : أرأيت لو أن رجلاً أوصى أن يحج عنه ، فأنفذ الوصي ذلك ، ثم أتى رجل فاستحق [ق/١٨٨ب] رقبة الميت ، هل يضمن الوصي أو الحاج عن الميت المال ، وكيف [يصنع] (١) فيما قد بيع من مال الميت ، فأصابه قائم بعينه ؟

قال : أرى إن كان الميت حرًا عند الناس يوم بيع ماله ، فلا يضمن له الوصي شيئًا ،ولا الذي حج عن الميت ، ويأخذ ما أدرك من مال الميت ، وما أصاب مما باعوا من مال الميت قائمًا بعينه : فليس له أن يأخذه إلا بالثمن ، ويرجع على من باع تلك الأشياء ، فيقبض منه ثمن ما باع من مال [عبده] (٢)، قال : لأن مالكًا (٣) [قال] (٤) في رجل شهد عليه أنه مات فباعوا رقيقه ، وتزوجت امرأته ، ثم أتى الرجل بعد ذلك فقال : إن كانوا شهودًا [بزور] (٥) : ردت إليه امرأته ،وأخذ رقيقه حيث وجدهم ، أو الثمن الذي بيعوا به إن أحب ذلك .

---

(١) سقط من ب .
(٢) في أ : العبد .
(٣) انظر : المدونة (١ / ٤٨٥) .
(٤) سقط من أ .
(٥) في أ : مبرزين ، والصواب ما أثبتناه من ب .

قال مالك : وإن كان شبه عليهم ـ وكانوا عدولاً ـ ردت إليه امرأته ، وما [وجدوا] (١) من متاعه ، ورقيقه لم يتغير عن حاله وقد بيع : أخذه بعد أن يدفع الثمن إلى من ابتاعه .

وما تحول عن حاله ففات ، أو جارية وطئت فحملت من سيدها ، أو أعتقت : فليس له إلا الثمن يرجع به على من باع الجارية إلى آخر ما قال.

فجعل ابن القاسم مسألة الميت الذي شهدوا بموته أصلاً ، فاستدل بها على مسألة الميت الذي استحقت رقبته ، فموضع اشتباه المسألتين : إذا كان الميت حرًا عند الناس ، وإذا [شبه] (٢) على الشهود بما شهدوا به ، وفي كلا السؤالين نظر ،واعتراض لازم ، ونحن ـ بحمد الله ـ نفرد كل سؤال بالكلام ،ونورد ما يلزم [عليه] (٣) من الاعتراض :

أما السؤال الأول : إذا استحق بأنه عبد بعد اشتهاره بالحرية في حياته : فالأصل فيه أن يكون السيد أحق بماله حيث ما وجده بغير عوض ، وأن يكون متصرفًا ضامنًا لما هلك من سبب تصرفه ؛ لأن الحكم الذي حكم به أن العبد حر ليس يحكم على السيد ، والأصول موضوعة على أن الحكم إذا كان لرجل ، ثم تبين أن ذلك الحكم الآخر أن يكون الثاني على حقه ولا يفيت ماله بيع ولا عتق ، وله أن يأخذه بغير ثمن حيث ما وجده ، وسواء كان الأول تصرف بتعدٍ أو بوجه شبهة ؛ فلو غصب رجل عبدًا ، فباعه الغاصب من رجل ، وهو لا يعلم بالغصب ، فأعتقه المشتري أو باعه، وتداولته [الأملاك] (٤) أو باعه [عليه حاكم] (٥) في دين ،أو مات

(١) في ب : وجد .
(٢) في أ : شبهوا .
(٣) في أ : عينه .
(٤) في ب : الأحكام .
(٥) في ب :الحاكم .

فورث عنه : كان لمستحقه أن يرد جميع ذلك ، ويأخذه بغير ثمن ، ولو مات رجل ، شهود لولده شهدو أنهم لا يعلمون له وارثًا سواه ، فحكم له وباع تركة أبيه ، وتداولته الأملاك ، أو أعتق ، أو اتخذ أمّ ولد ، ثم قدم من أثبت أنه ولد للميت : كان له أن [يقوم] [١] في نصيبه من ذلك على سنة الاستحقاق ويأخذه بغير ثمن ، ولا [يفيت] [٢] شيء مما تقدم ، وهذا هو أصل المذهب ، وما وجد على غير ذلك ، فهو خارج عن الأصول .

فسيد العبد هاهنا كالأخ الطارئ ؛ يرد العتق [والبياعات] [٣] ،وإن كان الأول تصرف بوجه شبهة ؛ لأن الحكم لم يكن عليه .

ولا يعترض على هذا الأصل بما بيع في المقاسم ؛ لأن صاحبه لا يأخذه إلا أن يدفع الثمن ،وإن لم يكن [الحكم] [٤] بالبيع على أصله لأجل الاختلاف في الأصل ؛ لأن غير واحد من أهل العلم [رأى] [٥] أن لا شيء لصاحبه فيه ، وإن أدركه قبل القسم .

وأما السؤال الثاني : إذا شهد عليه أنه مات ، فقد كان الحكم عليه ؛ ولأجل ذلك قال في الكتاب : إذا وجد ماله قد بيع أنه يأخذ بالثمن ، على تفصيل المسألة أيضًا ؛ وذلك أن الشهود لا يخلو حالهم من وجهين :

أحدهما : أن يشبه عليهم .

والثاني : أن يتعمدوا الزور .

فأما إن أشبه عليهم : فلا يخلو من أن يدرك ماله قائمًا أو فائتًا .

---

(١) في ب : يقيم .
(٢) في أ : يفوت .
(٣) في ب : البيوعات .
(٤) سقط من أ .
(٥) سقط من أ .

فإن كان قائمًا لم يدخله بيع ، ولا عتق ،ولا غيره : فإنه يأخذه ؛ لأنه باق على ملكه .

فإن كان فائتًا ببيع : فلا يخلو من أن يكون قائمًا بيد المشتري لم يدخله فوت ،أو دخله فوت .

فإن كان قائمًا لم يدخله فوت في بدن ، أو سوق : فلا خلاف في المذهب أنه يكون أحق بالثمن .

وهل يكون أحق به بغير ثمن أم لا : فإنه يتخرج على قولين :

أحدهما : أنه لا يأخذه إلا بالثمن ، وهو نصه في المدونة في كتاب الاستحقاق .

والثاني : أنه أحق به بغير ثمن؛ لأن الشهود ـ وإن لم يتعمدوا الكذب ـ إذا تبين باطل قولهم بمجئ الرجل ، ولا فرق بين أن يؤتي عليهم أو لا يؤتى عليهم بعد أن تحققنا باطل قولهم ، والرجل غير أذن في متاعه ،ولا ملك عليه لأحد ،وهل هو إلا كمن أخطأ على ماله من غير أن يكون له هو في ذلك إذن ، ولا تأثير في ذلك بحكم القاضي إذا سلطه الشهود ، وإنما يكون للغالط عذر إذا سلطه المالك نفسه ، وإلى هذا المعنى أشار بعض حذاق المتأخرين .

فإن فات عند المشتري في بدن أو سوق ، أو كان عبدًا فأعتقه ، أو جارية فأحبلها ، هل له أن يأخذه بالثمن على القول بأنه لا يأخذه إلا بالثمن أم لا ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنه لا سبيل له إلى أخذه ، وأن ذلك فوت .

والثاني : أن له أخذه بالثمن ، ولا يفتيه عتق ، ولا إيلاد ولا تغيير بدن

ولا سوق ، وهو نص قول أشهب فيما بيع في المقاسم : أن العتق والإيلاد ليس بفوت [خلاف مذهب « المدونة » في « كتاب الجهاد » ، وقد نص مالك [ق / ١٧٨ / ٢أ] هناك : أن العتق ، والإيلاد فوت] [1] فيما بيع في المقاسم .

وعلى قول أشهب : يكون للمشهود عليه بالموت أن يأخذه ، ولا يفيته عتق ، ولا نماء ، ولا نقصان ، وإن كان لا يأخذه إلا بعد دفع الثمن ؛ لأن حقه في عين ماله ؛ فيمكَّن من أخذه ، وحق المشتري في الثمن الذي وزن ومقالة الشهود عليه في هذه في الرد أقوى منه فيما بيع في المقاسم ، ولاسيما على القول الذي خرجناه من طريق النظر : أن له أن يأخذه بغير ثمن .

والعجب من ابن القاسم الذي جعل فوته بزيادة أو نقصان يمنع المشهود عليه من الأخذ بالثمن ، وهو قول لا دليل له .

فأما إذا تعمدوا الكذب ، وشهدوا بالزور من غير شبهة دخلت عليهم : فلا تخلو شهادتهم من أن تكون عند القاضي أو عند غيره .

فإن كانت شهادتهم عند الورثة : فإنه أحق بما بيع من ماله حيث وجده بغير ثمن ، قولاً واحدًا ، وإن شاء أخذ الثمن الذي بيع به .

فإن كانت شهادتهم عند القاضي ، هل يكون حكمهم حكم من شبه عليه أم لا ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنه لا فرق بين أن تكون شهادتهم عند الورثة أو عند القاضي، فإن المشهود عليه بالموت أحق بماله بغير ثمن حيث ما وجده ،

---

(١) سقط من ب .

وهو قول مالك في المدونة .

والثاني : أنها إن كانت عند القاضي : فحكمه حكم من شبه عليه ،ولا فرق سواء وهو تأويل [القاضي إسماعيل] [١] على المدونة أنهم مهما شهدوا عند القاضي ، فإنه لا سبيل له إلى أخذ ماله إلا بالثمن ، سواء شهدوا بزور أو شبه عليهم .

وهذا الذي قاله مخالف لنص المدونة ؛ بل نص المدونة أنهم مهما شهدوا بالزور ، فإنه يكون أحق بماله شهدوا بها عند القاضي أو عند الورثة؛ لقوله في الكتاب : « فشهدوا بذلك عند القاضي ، وهو لا يعلم أنهم لم يتعمدوا [الزور] [٢]» .

وأما الزوجة : فلا خلاف ـ أعلمه ـ في المذهب أنها ترد إليه على العصمة الأولى ، سواء شهدوا بالزور أو شبه عليهم ، كان بحكم قاض أو بحكم غيره ، إلا ما ذكره الأصحاب عن إسماعيل القاضي ، فإنه قال : «إذا كان ذلك بحكم قاضٍ : فلا ترد إليه كامرأة المفقود » ، وما قاله ليس بصحيح ، والزوجة ليست كالمال ؛ لأنه يصح زوال الملك عن المال إذا بيع بوجه شبهة ، ولا يصح أن تمضي زوجة رجل عند آخر تزوجها بشبهة من غير طلاق من الأول ، وليست كزوجة المفقود ؛لأن الحكم كان لها لأجل قيامها بالضرر مع الإمكان أن يكون حيًا ؛ ولهذا طلق عليه ، ولم يقسم ماله ، والآخر حكم بموته ليقسم ماله ،وليس القصد الطلاق ، وإنما الحكم بالموت يوجب لها أن تتزوج ؛ لأنها ترقبت حياته [والحمد لله وحده][٣].

◻◻◻

---

(١) في أ : إسماعيل القاضي .

(٢) سقط من أ .

(٣) زيادة من ب .

المسألة الخامسة

إذا أسلم ثوبين في فرس فاستحق أحدهما

فقد اختلفت الروايات في الأمهات في صورة المسألة ،وتنزيلها [ونصها][١] في المدونة ، قلت : فإن أسلمت ثوبين في فرس [موصوف][٢] فاستحق أحد الثوبين ؟ قال : لا أحفظ عن مالك فيه شيئًا ؛ قال : وأرى إن كان الثوبان متكافئين ، وهو وجه ما اشترى ، وفيه الفضل : انتقض السلم.

وفي بعض النسخ : إن كان الثوب المستحق هو وجه ما اشترى انتقض السلم ، وعليه اختصر أبو سعيد وغيره .

وفي بعضها : فإن كان مستحق هو وجه الصفقة : بطل السَّلم .

وإن كان الأدنى : أو كانا متكافئين يرجع السَّلم إليه بقيمة [وما استحق] [٣] ، ويثبت السَّلم ، فعلى الرواية الأولى : إن كان الثوبان متكافئين ، أو هو وجه ما اشترى يكون قوله هناك خلاف لما وقع لابن القاسم ، والغير في « كتاب العيوب » ؛ لأنه جعل النصف في العروض يسيرًا لا يجب به رد الجميع في العيوب ، بخلاف الطعام ، وجعله في هذا الكتاب في حيز الكثير يجب به الرد كالطعام ، وعلى الجملة : ففي النصف ثلاثة أقوال كلها قائمة من المدونة :

أحدها : أن النصف في حيز الكثير ،في الطعام والعروض ، وهو قوله في « كتاب الاستحقاق » على إحدى الروايات .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) في أ : المستحق .

والثاني : أنه في حيز اليسير في الجميع .

والثالث : التفصيل بين الطعام والعروض .

وموقع الأقوال في الكتاب لا يخفى على من طالع كتابنا هذا ، ولاسيما وقد أفردنا لهذا المعنى مسألة مفردة في « كتاب العيوب » .

وعلى الرواية بأنه إذا استحق الأدنى [وكان الثوبان] (١) متكافئين يكون ما وقع في « كتاب الاستحقاق » موافقًا لما في « كتاب العيوب » إن شاء الله .

وقوله في هذه الرواية : إذا كان المستحق ليس بوجه الصفقة ولا لأجله اشترى : كان عليه [قيمة] (٢) ما استحق وثبت السَّلم ، فقد اختلف المختصرون والشارحون في تأويل قوله ، وعليه قيمة ما استحق على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه أراد بذلك قيمة المستحق من الثوبين ، وأنه ينظر إلى قيمة الباقي ، فإن كان ثلثًا أو ربعًا : رجع على رب السَّلم في ماله وذمته ،ولا ينظر إلى معرفة ذلك القدر من قيمة الفرس ، وهو تأويل أبي الوليد بن رشد في « البيان والتحصيل » ، وغيره من المتأخرين ، وهذا التأويل أسعد بظاهر الكتاب ؛ لقوله : يرجع بقيمة ما استحق ويثبت السلم ، وكاد هذا الظاهر أن يكون نصًا لولا قلة وجود النص في المعلومات ، ولا جرم ، وقد أنكر وجوده بعض الأصوليين .

وقوله : « ويثبت السَّلم » : دليل على أنه يرجع في المسلم فيه .

والثاني : أن معنى ذلك يرجع المسلم إليه بقيمة المستحق في قيمة الفرس

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

المسلم فيه ، وهو قول ابن المواز ، ومثله في سماع عيسى عن ابن القاسم ، فإنه قال : يرجع بقيمة [الدابة] (١) ولا يكون معه شريكًا فيها .

والثالث : أنه ينتقض من السَّلم بقدر ما استحق من رأس المال ؛ إن كان الربع أو الخمس : سقط من [الفرس] (٢) ربعه أو خمسه ، ويكون [ربه] (٣) بذلك القدر شريكًا في الفرس ، وهو تأويل حمديس على المسألة ، وهو مذهب سحنون ،وهذا يأتي على مذهب أشهب ، وأما على قول ابن القاسم : فلا ؛ لأنه [منعه] (٤) في « كتاب العيوب » من الرجوع في عين [شيئه](٥) ، وإن كان قائمًا لأجل ضرر الشركة ، إلا أن يحمل على أن ذلك منه اختلاف [قول] (٦).

فعلى القول بأنه يرجع بقيمة [ما استحق] (٧) في ذمة مشتري الفرس: فلا تفريع ، وإن كان الجاري على أصول المذهب أن من باع [ق / ١٨٩ب] عرضًا بعرض فاستحق العرض الذي أخذ أنه يرجع في عين شيئه إن كان قائمًا ، إلا أن ابن القاسم اعتبر [على] (٨) هذا التأويل ما يدخل على مشتري الغرس من ضرر الشركة ، وهو لم يدخل على ذلك ، فلأجل ذلك أجابه بهذا الجواب ، وقد نص في كتاب العيوب في مسألة العبد المشتري بالثوبين إذا [تعين] (٩) أدناهما ؛ حيث قال ابن القاسم : فإنه

(١) سقط من أ .
(٢) في أ : السلم .
(٣) في أ : له .
(٤) في أ : معه .
(٥) سقط من ب .
(٦) سقط من أ .
(٧) في ب : المستحق .
(٨) سقط من أ .
(٩) في أ : تعينت .

يرجع بقيمته ،ولا يرجع في عين العبد ، وإن كان قائمًا .

وعلى القول بأنه يرجع بقيمة المستحق في قيمة الفرس : فقد اختلف أصحابنا المتأخرون في صفة التقويم على ثلاثة أقوال :

أحدها : أن يقوم الثوب المستحق ،ويقوم الذي لم يستحق ، فإن كان قيمة المستحق عشرة ، وقيمة غير المستحق ثلاثين : قُوِّم الفرس على أنه يقبض إلى أجل من ذمة مثل بائعه بقيمته نقدًا ، فما قوم به من شيء ، فإن المستحق منه يرجع في ربع تلك القيمة ، فيأخذها من مشتري الفرس نقدًا ـ قلَّت تلك القيمة أو كثرت ـ وهذا قول ابن المواز .

والثاني : أنه لا يُقَوَّم حتى يحل الأجل ، فإذا حل الأجل قوم حالاً ، وهذا القول حكاه القاضي أبو الفضل ، ولم يسم قائله ، وإلى مثله أشار أبو إسحاق التونسي في اعتراض أورده ؛ لأنه عند حلول الأجل يدفع المسلم إليه الفرس ، ومن يومئذ وقعت فيه الشركة المؤدية إلى الإضرار ؛ فوجب أن يعطي ربع قيمته ، أو ما وجب عليه منها يوم دفع الفرس ، فقال أبو إسحاق التونسي : يحتمل أن يقال هذا إلا أن ظاهر « كتاب محمد » مخالف له .

والثالث : أنه إن تأخر الحكم بالقيمة بعد الاستحقاق حتى يحل الأجل، أخذ المشتري الفرس ، ودفع قيمة ما [رجع] (١) من الفرس يوم يأخذه.

وإن كان قبل حلول الأجل : كان المسلم إليه بالخيار بين أخذه قيمة ذلك على أن يقبضه إلى بقية أجله ، وإن أحب أمهل حتى يحل الأجل ،ويقع التقابض ، فيدفع القيمة ويأخذ الفرس ، وهو اختيار اللخمي .

وعلى القول بأن المستحق منه يرجع شريكًا في الفرس بقدر قيمة ما

---

(١) في أ : وقع .

استحق من قيمة الفرس ،هل يكون لمشتري الفرس أن يرده بعيب الشركة أم لا ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أن له الرد ، وهو الذي يأتي على قول ابن القاسم .

والثاني : أنه لا يُمكَّن من الرَّد ، وهو الذي يأتي على مذهب أشهب .

وحكم ما بيع يدًا بيد حكم ما بيع إلى أجل في جميع ما ذكرنا في فصول هذه المسألة ووجوهها [والحمد لله وحده] [١].

فلو كان الثوبان أسلما في فرسين صفقة واحدة ، والثياب في القيمة سواء : لوجب أن يسقط أحد الفرسين لاستحقاق أحد الثوبين ، ويبقى عليه فرس إلى أجل ، وإن كان كل ثوب له نصف [فرس ،وليس له فرس كامل ،فلا يضرنا ذلك ؛ لأن كل ثوب له نصفًا] [٢] فرسين : فيجمعان له في فرس واحد ؛ لاتفاق الصفة واتحاد الصفقة ، ويجبر على الإتيان بالفرس كما لو أسلم إليه في نصف فرس ، ثم أسلم إليه في نصف فرس مثل صفة الأول إلى مثل أجله : لأجبر على أن يأتيه بفرس كامل ؛ كمن باع له بنصف دينار آخر لأجبر على أن يأتيه بدينار كامل .

وأما إن أسلم ثوبين في طعام فاستحق أحد الثوبين ،وهما متكافئان فرضي بالباقي ، فقال مشتري الطعام : قد ذهب إلى نصف ما اشتريت من الطعام [وقد قصدت كثرة ما اشتريت لرخصه] [٣] ، إذا كثر فهل له حجة [ق / ٢/١٧٩ـ أ] [في فسخ] [٤] البيع [كما لو استحق نصف الطعام

---

(١) زيادة من ب .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

أم لا ؟ ، فإن يتخرج على قولين قائمين من المدونة :

أحدهما : أنه له حجة في فسخ البيع] [١] كاستحقاق نصف الطعام.

والثاني : أنه لا حجة له في فسخه بخلاف الاستحقاق ؛ لأن الاستحقاق وسببه من بائع الطعام ، وبطلان نصف الطعام هاهنا سببه من قبل مشتري الطعام ، وهو بائع الثوبين اللذين استحق أحدهما .

والقولان متأولان على المدونة ، وكلاهما له وجه في النظر [تم الكتاب بحمد الله وعونه ، والحمد لله وحده] [٢].

❑❑❑

(١) سقط من أ .

(٢) زيادة من ب .

كتـاب الشفعة

كتاب الشفعة

تحصيل مشكلات هذا الكتاب ،وجملتها ثمان عشرة مسألة :

المسألة الأولى

في [شفعة] (١) أهل الذمة

والذي نبدأ به : اشتقاق هذا اللفظ وتسميته :

فالشفْعة بسكون الفاء ، وقد اختلف في تسميته بذلك على أربعة أقوال:

قيل : مأخوذ من الشفع ، وهو ضد الوتر ؛لأن الشفيع يضم هذا المشفوع فيه إلى ماله ، فتصير الحصة حصتين والمال مالين .

وقيل : هو من الزيادة ؛ لأنه يجمع مال ذلك إلى ماله ، ويضيفه إليه ويزيده له ، والشفعة : الزيادة ؛ قال تعالى :﴿ مَن يَشْفَعْ شَفَاعَةً حَسَنَةً ﴾ (٢)، قيل : يزيد عملاً صالحًا إلى عمله ،وهو قريب من المعنى الأول .

وقيل : هو من الشفاعة ؛ لأنه شفع بنصيبه إلى نصيب صاحبه ، وقيل: بل كانوا في الجاهلية إذا باع الرجل حصته أو أملاكه أتى المجاور مشافعًا إلى المشتري ليوليه إياه ليصله بماله ، ويخلص له الملك .

فإذا ثبت ذلك : فلا يخلو الشفيع من أن يكن مسلمًا ، أو ذميًا .

فإن كان مسلمًا : فلا خلاف في وجوب الشفعة على المشتري ـ كان مسلمًا أو ذميًا ـ ثم لا يخلو الثمن الذي اشترى به المشتري إن كان ذميًا أن

(١) في ب : تشافع .

(٢) سورة النساء ، الآية (٨٥) .

يكون مما يجوز تملكه والمعاملة به أم لا .

فإن كان مما يجوز تملكه ،والمعاملة به : فحكمه حكم ما لو كان مسلمًا، ولا إشكال في ذلك .

فإن كان مما لا يجوز تملكه ، والمعاوضة [به] [١] عليه كالخمر ، والخنزير ، فبماذا يستشفع ؟

فقد اختلف فيه المذهب على قولين قائين من المدونة :

أحدهما : أنه يستشفع بقيمة الشقص لا بقيمة الخمر ، وهو قول أشهب في « العتبية » .

والثاني : أنه يستشفع بقيمة الخمر ، وهو قول يحيي بن عمر ، وابن عبد الحكم في « العتبية ».

ويقومها من يعرف قيمتها من المسلمين ، أو من هو قريب العهد بالإسلام كما قيل في ذلك .

وينبني الخلاف : على الخلاف فيمن استهلك لذمي خمرًا ،هل يغرم قيمتها أم لا ؟

فعلى القول بأنه يغرم القيمة ، كما به قال ابن القاسم في المدونة ، قال: يستشفع بقيمة الخمر .

وعلى القول بأنه لا قيمة عليه ،كما به قال عبد الملك ، قال : يستشفع بقيمة الشقص ؛ لأن الخمر إذا لم تكن لها قيمة بالتعدي ، فبأن لا يكون له قيمة إذا دفعها بالطوع أولى .

وأما الوجه الثاني : إذا كان الشفيع ذميًا : فلا يخلو المتبايعان من أن يكونا مسلمين ، أو ذميين ، أو أحدهما مسلم ، والآخر ذمي .

---

(١) سقط من ب .

فأما إذا كانا مسلمين : فلا خلاف في وجوب الشفعة للذمي ؛ لأنه حكم بين مسلمين [وذمي] [١] ،وكذلك إذا كان المشتري مسلمًا ، فإن كانا ذميين ، أو كان المشتري ذميًا .

فأما إن كانا ذميين : فلا يخلو من أن يتحاكموا إلينا أم لا ، فإن لم يتحاكموا إلينا فلا خلاف في أنه لا شفعة له .

فإن تحاكموا إلينا ، هل يحكم بينهما بالشفعة أم لا ؟

فإنه يتخرج على الخلاف الذي قدمناه في كتاب تضمين الصناع ، ونصه في المدونة في أول كتاب الشفعة .

وإن كان البائع مسلمًا ، والمشتري فهل تجب الشفعة أم لا ؟

على قولين قائمين من المدونة :

أحدهما : أن له الشفعة لما كانت بسبب مسلم ، وهو قول ابن القاسم في « المدونة » في « كتاب القسمة » ، ونقلها أبو سعيد في « التهذيب » في كتاب الشفعة .

والثاني : أنه لا يحكم له بالشفعة ؛ لأنه حكم بين ذميين ، وهي رواية يحيى بن عمر عن ابن القاسم في « العتبية » ، وقال أشهب : إذا كان أحد الثلاثة مسلمًا بائعًا ، أو [متبايعًا] [٢] أو شفيعًا ، ففي ذلك الشفعة ،وهو قوله في « المجموعة » [والحمد لله وحده] [٣] .

❑❑❑

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : مبتاعًا .

(٣) زيادة من ب .

المسألة الثانية

في تشافع الورثة [والشركاء] (١)

فلا تخلو المسألة من أربعة أوجه :

أحدهما : أن يكونوا أهل سهم .

والثاني : أن يكونوا عصبة [و] (٢) ذوي سهم .

والثالث : أن يكونوا في حكم العصبة .

والرابع : أن يكونوا موصى لهم .

فالجواب عن الوجه الأول : إذا كانوا ذوي سهم : فلا يخلو من ثلاثة أوجه : إما أن يكونوا [ذوي سهم واحد ، أو يكون معهم موصى له أو يكون معهم شريكًا ، فإن كان] (٣) معهم ذو سهم غيرهم ، فلا يخلو من أن يكونوا مما هو في حكم السهم [الواحد] (٤) أو كان سهامًا مختلفة .

فأما إن كان هو في حكم السهم الواحد كأخوات مع البنات ، فباع أحد البنات ، هل تكون الشفعة لبقية البنات ، أو لجميع الأخوات والبنات ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أن الشفعة للجميع .

والثاني : أن الشفعة للبنات خاصة .

والقولان حكاهما اللخمي.

---

(١) في أ : للشركاء .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

فعلى القول بـأنهن كأهل سهم [واحد يكون من حق الـبنات أن تقسم الدار أثلاثًا ، وعلى القول بـأنهن كأهل سهم] [١] مختلفـة ،هل يكون من حق الأخوات أن تقسم أولاً أتْسَاعًا .

فأما إن كانت سـهامًا مختلفة كالـزوجات أو الجدات ،والإخوة للأم ، فباع أحد الزوجات : فالشفعة لبقية الزوجات .

وهل يدخل معهـن أحد من ذوي السهام الباقية والـعصبة أم لا ؟ على قولين :

أحـدهمـا : أنه لا يدخل معهن أحد فـي الشفعة ، لا ذوي السهام ولا العصبة ، وهو قول ابن القاسم في الكتاب .

والثاني : أن العصبة وبقية ذوي السهام يدخلون معهن في الشفعة ، وبه قال المغيرة على ما نقله الحفيد في كتاب النهاية .

وعلى القول بأنهم لا يدخلون معهن ، فـإن أسلمن الشفعة كانت لبقية ذوي الفرائـض والعصبة إن كـانوا ، فإن سلموهـا كانت لبقـية الأشراك إن كانوا هناك .

فإن كان معهم موصى له بالثلث ،هل يدخل معهم مع ذوي السهام في الشفعة أم لا ؟ فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنه لا يدخل معهم ، وهو مذهب المدونة .

والـثانـي : أنه يدخل معهم على مـذهب المغيرة الذي يقول : إن ذوي السهام يدخل بعضهم على بعض في الشفعة .

فإن كان معهم شريك ، فالمذهب على قولين :

أحدهما : أن الشفعة لبقية الورثة دون أشراكهم ، وهو مذهب المدونة ،

---

(١) سقط من أ .

وهو مشهور المذهب .

والثاني : أن الأشراك بالملك يدخلون معهم في الشفعة ، وهذا يتخرج على قول المغيرة.

والجواب عن الوجه الثاني : إذا كان مع ذوي السهام عصبة ، وباع بعض العصبة ، فهل يدخل معهم بقية ذوي السهام في الشفعة أم لا ؟

فالمذهب على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه لا يدخل ذوو السهام على العصبة ، [ولا] (١) العصبة على ذوي السهام ،وهو مذهب الكوفيين ، وبه قال أشهب ـ من الأصحاب.

والثاني : أن ذوي السهام يدخل على العصبة ، ويدخل العصبة على ذوي السهام ، وبه قال المغيرة المخزومي ـ من أصحابنا ـ وهو أحد قولي الشافعي [رحمه الله] (١).

والثالث : أن ذوي السهام يدخل على العصبة ، ولا يدخل العصبة على ذوي السهام ، وهو قول ابن القاسم في المدونة .

وسبب الخلاف بين القولين المتقابلين : معارضة قياس الشبه لعموم الخبر، وقد قضى رسول الله ﷺ بالشفعة بين الأشراك [ق / ١٩٠ب] ، ولم يخصص ذوي السِّهَام من غيرهم ، ويعارضه قياس الشبه ، فخصص به [ذوي] (٣) السِّهَام من العصبات ، ويقال : لما كانت الشركة مختلفة الأسباب ـ أعني [بين] (٤) ـ ذوي السِّهام وبين العصبات ـ وجب ألا يدخل

---

(١) في أ : و .

(٢) زيادة من ب .

(٣) في أ : ذو .

(٤) سقط من أ .

بعضهم على بعض في الشفعة قياسًا للشركة المختلفة الأسباب [على الشركات] (١) إذا تميز محالها الذي هو المال بالقسمة .

وأما من أدخل ذوي السِّهام على العصبة ، ولم يدخل العصبة على ذوي السِّهام ، فهو استحسان على غير قياس ، ووجهه : أنه رأى ذوي السِّهام أقعد من [العصبان] (٢) .

والجواب عن الوجه الثالث : إذا كانوا في حكم العصبة ؛ مثل أن يموت رجل عن ثلاثة بنين ، ثم مات أحدهم قبل القسمة [عن] (٣) ثلاث من الولد : فإنه إن باع أحد الأعمام نصيبه كانت الشفعة لأخويه ولبني أخيه، ولا خلاف ـ أعلمه ـ في هذا الوجه .

وإن باع أحد من بني الأخ ،هل تكون الشفعة لهم دون الأعمام أم لا ؟ فالمذهب على قولين :

أحدهما : أن الشفعة لبقية بني الأخ دون أعمامهم ، وهي رواية ابن القاسم عن مالك في المدونة .

والثاني : أن بقية الأعمام يدخلون معهم .

والقولان حكاهما ابن القصار عن مالك في « كتاب عيون الأدلة » .

وتلخيص القول في ذلك أن نقول : لا تخلو الدار الموروثة عن الميت الأول من ثلاثة أقسام :

إما أن تنقسم أَتْسَاعًا ، وإما أن تنقسم أثلاثًا ، وإما ألا تنقسم بحال.

فأما إن كانت تنقسم أتساعًا : كان الجواب على ما قاله في المدونة ؛

---

(١) سقط من أ .

(٢) في ب : العصبة .

(٣) في أ : على .

لأن الدار تنقسم قسمين [أو أثلاثًا] [١] فإذا صار إلى بني الابن ثلثهم : قسموه أثلاثًا كدار قائمة بنفسها ،فبعضهم أحق بدفع الضرر ممن لا يصير [له] [٢] في ذلك الثلث شرك .

فأما إن كانت الدار لا تنقسم أثلاثًا ولا أتساعًا : كانت الشفعة [لجميع من] [٣] له فيها شرك بوراثة أو غيرها ، وعلى القول بأن الشفعة فيما لا ينقسم ؛ لأن الأصل الذي جعلت له الشفعة فيما لا ينقسم خوفًا من أن يدعو المشتري إلى البيع ، فتخرج الدار من أملاكهم ، ومضرة خروج الملك أشد من مضرة المقاسمة .

فأما إن كانت الدار تنقسم أثلاثًا خاصة ، فباع أحد الأعمام :كانت الشفعة لجميعهم ؛ لأن بني الأخ شركتهم مع أعمامهم فيما ينقسم ، وإن باع [أحد بني] [٤] الإخوة كان فيها قولان :

فعلى أحد قولي مالك : أن الشفعة فيما لا ينقسم يتشافعون دون أعمامهم .

وعلى [ق / ١٨٠/ ٢ـ أ] قولا أن لاَّ شفعة فيما لا ينقسم : تكون الشفعة للأعمام دون بني الإخوة ؛ لأن الأعمام يقولون : نحن نشفع فيما [يحمل][٥] القسم ولا شفعة لبعضكم على بعض ؛ لأن نصيبكم لا يحمل القسم.

وتحصيل ذلك : أن كل موضع يكون للمشتري أن يدعو إلى القسم ،

---

(١) في أ : أولاً .
(٢) سقط من أ .
(٣) في أ : لمن .
(٤) سقط من أ .
(٥) في أ : لا يحمل .

فله أن يستشفع منه ، وكل موضع لا يكون له أن يدعو إلى القسمة ، وله أن يدعو إلى البيع ؛ فإنه يختلف في وجوب الشفعة فيه على قولين ، وكل موضع ليس له أن يدعو إلى القسم ،ولا إلى البيع : فلا شفعة له ، قولاً واحدًا في المذهب ؛ مثل أن تكون دارًا لا تنقسم ، وإن باع هذا نصيبه على الانفراد لم ينقص عن بيع الجملة .

والجواب عن الوجه الرابع من أصل التقسيم : إذا كان موصىً لهم ، هل هم كالعصبة ، أو هم كأهل سهم واحد ؟

فالمذهب على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنهم كالعصبة ، وهو قول ابن القاسم .

والثاني : أنهم كأهل سهم واحد ، وهو قول أشهب .

والثالث : التفصيل بين أن يكون الموصى [له] (١) جماعة ، أو واحد ؛ فإن كانوا جماعة : فإنهم لا يدخلون على الورثة في الشفعة ، وإن كان واحدًا : دخل معهم ، وهو ظاهر قول ابن المواز في كتابه حيث قال : وإذا أوصى أحد ولد الميت لرجل واحد ، فباع إخوة الموصى [البيت] (٢) : أن الموصى له يدخل معهم ، وقال محمد : لأنه رجل واحد ، فظاهر قوله : أنهم لو كانوا جماعة ما دخلوا [مع] (٣) الورثة ؛ لأنهم يتشافعون فيما بينهم دون الورثة ؛ فعلى هذا أن من كان يتشافع [مع صاحبه لا يدخل](٤) [مع] (٥) الورثة ، وإن كان لا أصحاب له يشافعهم دخل على الورثة ،

---

(١) سقط من أ .

(٢) في ب : بيته .

(٣) في أ : على .

(٤) في ب : مع أصحابه لا يدخلون .

(٥) في أ : في .

وما قاله ضعيف جدًا ؛ لأن أهل السهم الواحد يتشافعون فيما بينهم ، ولا يمنعهم ذلك من الدخول على بقية الورثة [الذين لا يشافعونهم] (١) [والحمد لله وحده] (٢).

❑❑❑

(١) في ب : الذي لا يشافعهم .
(٢) زيادة من ب .

المسألة السادسة

في الشفعة إذا وجبت هل هي على عدد الرؤوس أو على عدد الأنصباء ؟

ولا يخلو ما يستشفع فيه من أن يكون مما ينقسم ، أو مما لا ينقسم.

فإن كان مما ينقسم ، هل تنقسم الشفعة فيه على عدد الرؤوس ، أو على قدر الأنصباء ؟

فالمذهب على قولين قائمين من المدونة :

أحدهما : أن الشفعة على قدر الأنصباء ، وهذا هو [القول] (١) المعروف من المذهب ،وهو نص قوله في المدونة .

والثاني : أنها على عدد الرؤوس ،وهذا القول حكاه ابن الجهم عن بعض أصحاب مالك ، على ما نقله أبو الفضل ، وخرجه اللخمى من قول عبد الملك فى تقويم العبد المعتق بعضه إذا أعتق بعض الأشراك حصته في مرة واحدة ؛ وكانوا جماعة وكلهم مياسير : أن التقويم عليهم بالسواء على عدد رؤوسهم ؛ لأنه لو كان [الكثير] (٢) النصيب معسرًا لقوم جميع العبد على القليل النصيب ، وعلى هذا تكون الشفعة على العدد ؛ لأن القليل النصيب لو انفرد لكان [له] (٣) جميع الشفعة ،وقد خرجه غيره من المدونة من كتاب الأقضية حيث قال : أجرة القسام على عدد الرؤوس .

وأما لا ينقسم إذا حكم فيه بالشفعة على عدد الرؤوس ؛ لأن القصد

---

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : كثير .

(٣) سقط من أ .

فيه رفع الـضرر عند البيع ، وذلـك يستوي فيه القـليل النصيب والـكثير ، وإلى هذا ذهب اللخمي ـ رحمه الله .

❏❏❏

المسألة الرابعة
في معرفة ما تجب فيه الشفعة مما لا تجب فيه

والشفعة سلطانية حكمية وقضية شرعية أثبتها الشرع للأصيل على الدخل درءًا [للإضرار] (١) وقطعًا لمادة الاختيار ،وهي متعلقة بالعقار ،وما يتصل بها من الأشجار ، وهي للشريك دون الجار خلافًا لأبي حنيفة الذي يقول : إنها للجار .

فإذا ثبت ذلك ، فقد اختلف العلماء في وجوب الشفعة على الجملة على ثلاثة مذاهب :

أحدها : وجوبها في كل [شيء] (٢) جملة بلا تفصيل ، قاله : بعض أهل مكة .

والثاني : أن الشفعة غير واجبة جملة بلا تفصيل ، وإليه ذهب من لا يرى بيع الشقص المشاع ، وهو مذهب الأصم على ما نقله ابن حارث.

والثالث : أن وجوبها وثبوتها في الدور ، والأرضين ،والعقار ، وهو مذهب فقهاء الأمصار على تفصيل ، وتحصيل لبعضهم في ذلك .

ولا يخفى على من له أدنى فهم ضعف ما ذهب إليه الأصم ، وقد ثبت عن رسول الله ﷺ أنه قضى بالشفعة .

وأما من ذهب إلى أنها [واجبة] (٣) في كل شيء ، فيشهد له الأثر ، والنظر ؛ فأما الأثر : ما خرجه الترمذي عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ

---

(١) في أ : للضرر.

(٢) سقط من أ .

(٣) في أ : وجبت .

قال : « **الشريك شفيع ، والشفعة في كل شيء** » [(١)] ، وهذا نص لا يحتمل التأويل إن صح الحديث ، وقد طعن بعض العلماء في سنده .

وأما المعنى والنظر : فضرر الشركة موجود في كل شيء .

وأما فقهاء الأمصار فقد تمسكوا بقوله ﷺ : « **الشفعة فيما لا ينقسم، فإذا وقعت الحدود ،وصرفت الطرق فلا شفعة** » [(٢)] ، فكأنه قال : الشفعة فيما لم تكن فيه القسمة ما دام لم تقسم ، فدل على أن الشفعة فيما ينقسم؛ لأن ما لا ينقسم لا يقال يثبت فيه حكم كذا ، وكذا ما لم ينقسم لما كانت القسمة لا تأتي فيه ، وإن كان هذا من باب الاستدلال بدليل الخطاب، وهو أصل مختلف فيه ، إلا أن فقهاء الأمصار أجمعوا على الاستدلال به في هذا الموضع ، والأمر الموجب لاجتماعهم ما فهموه من صيغة لفظه ﷺ.

وأما مذهب مالك : فتحصيله أن الشفعة في ثلاثة أنواع :

أحدها : مقصود ،وهو العقار من الدور ، والحوانيت ،والبساتين .

والثاني : ما تعلق بالعقار مما هو ثابت ، ولا ينقل كالبئر ،وفحل النخل.

والثالث : ما يتعلق بالأصول كالثمار .

وأما الدُّور ، والأرضون ،والبساتين : فلا يخلو ذلك من أن يكون مما ينقسم ، أو مما لا ينقسم ؛فإن كان مما ينقسم على غير ضرر : فلا خلاف في مذهب مالك في وجوب الشفعة فيه .

---

(١) أخرجه الترمذي (١٣٧١) ، والدارقطني في الكبير (١١٢٤٤) ، والبيهقي في الكبرى (١١٣٧٨) ، والطحاوي في شرح المعاني (٥٥٦٣) ،قال الألباني : منكر ضعيف .

(٢) أخرجه ابن ماجة (٢٤٩٧) ، وابن حبان (٥١٨٥) ، والبيهقي في الكبرى (١١٣٤٤)، وصححه الألباني ـ رحمه الله تعالى .

فإن كان لا ينقسم إلا على ضرر أو لا ينقسم جملة ، فهل تجب فيه الشفعة للشريك أم لا ؟ فعلى القولين :

أحدهما : أنه لا شفعة فيه ، وهو قول ابن القاسم في المدونة .

والثاني : وجوب الشفعة فيه ، وهو أحد قولي مالك في المدونة أن الشفعة مشروعة في القليل والكثير من الرِّباع ،والعقار ، وهو أحد قوليه أيضًا في المذهب فيما لا ينقسم جملة ، ومن هذا المعنى اختلافهم في الحمام ، والبيت الصغير ، والدُّكان في السوق مما لا ينقسم إلا على ضرر مثل منصب الرَّحَى ، أو مما لا ينقسم كالشجرة الواحدة ، والنخلة الواحدة، والماجل ، والبئر الواحدة إذا لم يكن معها أصل ،ولا أرض ، وغير ذلك من الرياع والأصول مما لا ينقسم إلا على ضرر ، أو لا ينقسم أصلاً : فقد اختلف في جميع ذلك على قولين : وجوب الشفعة وإسقاطها في النخلة الواحدة ، والشجرة الواحدة ، قال مالك وابن القاسم : لا شفعة فيهما، وبه قال محمد .

وقال أشهب ، وعبد الملك ، وأصبغ : [الشفعة فيهما] (١) في «الواضحة » .

وسبب الخلاف : اختلافهم في الضرر المعتبر في الشفعة ، هل هو ضرر الشركة ، أو ضرر القسمة ؟ فمن اعتبر ضرر الشركة ؛ لكون الأصيل يستضر بالدخيل لما يخاف من ناحيته من السرقة ، والخيانة ، وأن يدخل عليه أمرًا لم يألفه من شريكه البائع مما كان عليه من حسن الطوية ، وجميل المعاشرة معه ، وربما كان يكفيه مؤنة بعض العمل ،ويسامح له في أخذ بعض الأشياء ،والدخيل على خلاف هذه الصفة ، قال بوجوب الشفعة فيما ينقسم ، وفيما لا ينقسم .

(١) سقط من ب .

ومن اعتبر ضرر القسمة : قال بوجوب الشفعة ، فيما ينقسم خاصة ؛ لأن القسمة تضيق الواسع ، وخراب العامر ؛ وذلك أن كل واحد من الشريكين كان يجول في جميع الحائط مثلاً ، وكان يتصرف في جميع تصرف المالك الواحد ، فإذا قسم اقتصر تصرفه على سهمه خاصة ،ويعود ضيقًا بعدما كان واسعًا ،وعادت يده مقيدة بعدما كانت مطلقة .

وأما كونها خراب العامر ؛ مثل أن يكون الذي لم يبع ضعيف التصرف، قليل المعرفة ، وشريكه عنده من النجابة ، والدراية ، وجميل العشرة ما يتولى له خدمة جميع الحائط ، أو يحتمل على نفسه أكثر [مؤنة العمل] (١) فيما بينهما من الشركة ،ولا يؤاخذ بذلك شريكه ؛ بل يسامحه ولا يناقشه ، وقد يكون الدخيل على غير هذه الصفة ، وربما يدعوه إلى القسمة ، فيستضر بذلك الأصيل ؛ إما لكونه إذا قسم الشيء المشترك بينهما انتقصت قيمته ، وقل ثمنه ،وإما لما يحتاج إليه من النفقة في استحداث المرافق في نصيبه ، فليزمه في ذلك مؤنة كباب يحدثه ، أو ما يلزمه من المؤن ،والآخر الذي يختص بقسمة الأصول ؛ إذ ليس كل واحد يحسن قسمتها ،فلابد في أغلب الحال أن يستأجر على قسمتها [ق / ١٩١ب] من يختص بمعرفة ذلك ، وهي علة صحيحة يشهد بصحتها اطرادها وانعكاسها، ألا ترى أن العروض التي تنقسم بالكيل ، والوزن لا شفعة فيها؛ إذ لا [مؤنة] (٢) في قسمتها .

وأما ما هو متعلق بالعقار مما هو ثابت لا [ينقل] (٣) ولا يتحول كالبئر، وفحل النخل ما دام الأصول [ق / ١٨١/ ٢ـ أ] فيهما على صفة

---

(١) في أ : مؤونة العامل .

(٢) في أ : مؤونة .

(٣) في أ : ينعقد .

تجب فيه الشفعة : فإن الشفعة فيما بيع منهما من بئر، أو فحل ، أو غيره، وهو أن يكون الأصل الذي هو الأرض مشاعًا بينه ،وبين شريكه غير مقسوم، فكانت الشفعة إنما تجب في البئر ، والفحل ، والشرب في الماء إذا باع أحد الأشراك شربه لأجل اشتراكهما في الأصل الذي هو الأرض ، فإذا باع أحدهم حصته من الأرض ،وبقى شربه في الماء [أو في البئر أو في الفحل فسلم إذا باع أحد الأشراك فسلم أصحابه بالشفعة إن استشفعوا ثم باع أحدهم حصته من الماء] (١) بعد ذلك : كانت الشفعة لمن بقى سهمه في الأصل والماء ، ولا يدخل معهم فيها من باع سهمه في الأصل بسبب ما بقى له في الماء ؛ لأنه في حيز التبع ، والشفعة في البئر ، والشجرة الواحدة لأجل الأرض ، و [هو] (٢) قول مالك في المدونة في« كتاب الشفعة » و« القسمة » ، وفي « كتاب حريم الآبار » .

وأما ما يتعلق بالأصول : فلا يخلو قيام الشفيع من أن يكون قبل يبس الثمرة ، أو بعده ؛ فإن كان قيامه بعد يبس الثمرة ،وقد اشترى المشتري الثمرة دون الأصل ، هل للشريك فيها الشفعة أم لا ؟

فالمذهب على ثلاثة أقوال :

أحدها : أن الشفعة للشريك في الثمرة كان الأصل لهما أو لم يكن لهما غير الثمن ، وهو قول أشهب في « الموازية » ، وقول مالك في «المدونة » ؛ لأنه قال : وكان الأصل لهم أو بأيديهم حبس أو مساقاة .

والثاني : أن الشفعة في الثمار إذا ـ كان الأصل بينهما [وهو قول محمد بن المواز .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

[**والثالث** : أنه لا شفعة في الثمار أصلاً كان الأصل لهما] [١] أو لم يكن [لهما] [٢] إلا الثمرة ،وهو قول عبد الملك في « الموازية » .

ولأشهب في موضع آخر مثل قول محمد : أن الشفعة في الثمرة إذا كان الأصل بينهما ؛ لأنه قال : إذا اقتسما الأصل دون الثمرة ، ثم باع أحدهما حظه من الثمرة بعد الطياب ، فلا شفعة فيها بعد قسمة الأصل ، قال : والثمرة ـ ها هنا ـ كالبئر .

والشفعة في الثمرة من المسائل التي انفرد بها مالك ـ رحمه الله ـ ، وقال : ما علمت أحدًا قاله قبلي .

وأما إن قام [الشفيع] [٣] بعد يبس الثمرة ، وكان بيع الشريك ساعتئذ: فلا شفعة له ،قولاً واحدًا ؛ لأنها كالثمرة المجذوذة ؛ إذ لا منفعة لها في تعلقها بالأصول .

ولا فرق في جميع ما ذكرناه بين النخل ، والعنب ، وسائر ما يبس من الثمار إذا بيعت بعد طيبها [وقبل] [٤] يبسها .

وأما ما عدا هذه الأنواع الثلاثة من جميع [الأنواع] [٥] : فلا خلاف ـ أعلمه ـ في المذهب ـ عندنا ـ أنه لا شفعة فيها .

واختلف فيما يتعلق منها بالذمة ، هل تكون فيه الشفعة أم لا ، على قولين :

أحدهما : أنه لا شفعة في الدين أصلاً ، وهو قول ابن القاسم ،وهو

---

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : بينهما .

(٣) في أ : الشريك .

(٤) في ب : وبعد .

(٥) في أ : الأموال .

مشهور المذهب في النقل .

والثاني : أن الشفعة في الدين ، وبه قال أشهب .

ومعنى ذلك : إذا كان دينًا على رجل ، ثم باعه مولاه أن الذي عليه الدين أولى بما بيع به ، وقد قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في الدين .

ولم يختلف في المذهب ـ فيما علمت ـ في إيجاب الشفعة في الكتابة بحق العتق ، وإن المكاتب أحق بما بيعت [به] (١) كتابته .

واختلف في بيع المنافع ، هل هو كبيع الأعيان ، أو لا ، على قولين : فقيل : إن الكراء كالبيع ، وقيل : ليس كالبيع ، وكذلك الصدقة والهبة بغير عوض ، وقيل : فيها الشفعة بقيمة الشقص ، وقيل : لا شفعة فيها ، وهو المنصوص في المدونة ، وهو الصحيح إن شاء الله ، والحمد لله وحده .

❑❑❑

(١) سقط من أ .

المسألة الخامسة
في الشفعة في المناقلة

وهي المبادلة ؛ مثل أن يبادله شقصًا بشقص آخر ،ولا يخلو المتبادلان من ثلاثة أوجه :

أحدها : أن يشتركا في الطرفين .

والثاني : أن يشتركا من أحد الطرفين خاصة .

والثالث : ألا يكون بينهما شركة في الطرفين جميعًا .

فأما الوجه الأول : إذا اشتركا في الطرفين جميعًا ؛ مثل أن يكون له شقص في موضع من المواضع ، وللآخر معه شقص في موضع آخر ، فتبادلا على أن يخرج كل واحد منهما لصاحبه من ذلك الموضع لينقل له ملكه ، ويتوسع في حظه ، وربما كان معهما شريك آخر في الطرفين جميعًا أو في أحدهما ،هل تكون الشفعة لذلك الشريك أم لا ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أن له الشفعة ، وهو قول ابن القاسم ، وروايته عن مالك .

والثاني : أنه لا شفعة له في ذلك ؛ لأنهما لم يقصدا إلى البيع ، وإنما أراد كل واحد منهما التوسع في حظه بما صار إليه من حظ شريكه ، وهو قول مطرف ، وابن الماجشون ، وهو أحد أقاويل مالك أيضًا ، وهو الأظهر.

فأما إن كانت الشركة من أحد الطرفين خاصة ؛ مثل أن تكون الدار بين ثلاثة أشراك ، فبادل أحدهما صاحبه شقصه على أن يعوضه بشقص له في

دار أخرى لا [شرك] (١) للذي انتقل إليها [فيها] (٢) هل لأشراكه الشفعة أم لا ؟ على قولين :

أحدهما : [أن] (٣) الشفعة في الطرفين جميعًا ، وهو قول ابن القاسم.

والثاني : أنه لا شفعة في ذلك حتى تكون المناقلة من الطرفين ، وهو أحد قولي مالك أيضًا ، وعليه بنى بعض المتأخرين .

ويتخرج [فيه] (٤) قول ثالث بوجوب الشفعة للشريك في الطرف [الذي ليس للمنتقل إليه فيه شرك ؛ لأن ذلك بيع ، ولا شفعة في الطرف الآخر الذي للمنتقل إليه فيه شرك ؛ لأنه أراد أن يتوسع ، وأما إذا لم تكن بين المتناقلين الشركة في الطرفين] (٥) جميعًا ؛ مثل أن تكون دار بين رجلين، فناقل أحدهما رجلاً أجنبيًا شقصه في هذه الدار على أن يأخذ سهم ذلك الأجنبي في دار [أخرى] (٦) لم يكن للذي ناقله فيها شرك، فهل تجب فيها الشفعة أم لا ؟ على قولين :

أحدهما : وجوب الشفعة في المناقلة على الجملة ، وهو قول ابن القاسم في « العتبية » ، وهذا [القول] (٧) قائم من المدونة من مسألة المصالح من دعوى في سدس دار على الإنكار بشقص من دار أخرى .

والثاني : أنه لا شفعة في المناقلة جملة ، وهو أحد أقوال المذهب .

---

(١) في أ : شريك .
(٢) سقط من أ .
(٣) سقط من أ .
(٤) في أ : فيها .
(٥) سقط من أ .
(٦) سقط من أ .
(٧) سقط من أ .

وسبب الخلاف : اختلافهم في المناقلة ، هل هي كالبيع ، أم لا ؛ فمن جعلها كالبيع [قال بوجوب الشفعة ، ومن لم يجعلها كالبيع] [١] قال : لا شفعة ، والحمد لله وحده .

◻◻◻

(١) سقط من أ .

المسألة السادسة
في الشفعة في النقض
إذا كانت العَرْصَة [١] لغير بائع النقض

وقد ذكر في الكتـاب مسألة الذي أذن لرجلين أن يبنـيا في عَرْصَة له ، فبنيا ، ثم بـاع أحدهما نصيبه من النقض ، وقـال : إن رب العَرْصَة مقدم على الشريك في النقض بالأخذ في الشفعة ، ثم قال : ليس ذلك من باب الأخذ بالشفعة ، وإنما هو من باب دفـع الضرر ؛ لقوله عليه السلام : « **لا ضرر ولا ضرار** » [٢] ثم استدل عليها بمسألة الشركاء الذين بنوا في الحبس ، فباع بعضهم حصته من البعض أن الشفعة لبقية الورثة .

وقد اختـلف قول ابن الـقاسم في مـسألة الحبـس ، فقال في « كـتاب الشفعة » : إن البناد موروث عن الباني ، ويـجوز فيه البيع لورثته ،وتكون فيه الشفعة لبقيـة الأشراك ، وقال في كتاب الحبس : إن ذلك لا يورث ،و هو حبس لا يباع إلا أن يوصي الميت بذلك لورثته ، فيورث عنه على معنى الملك .

وقال المغيرة : لا يكون [من] [٣] ذلك صدقة محرمة إلا الشيء اليسير كالميزاب أو خشبة أدخلها في الحائط ، وأما ماله بال وقدر : فإنه يورث عنه على معـنى الملك ، وقول المغيرة ـ هـا هنا ـ كقول ابن القاسـم في « كتاب الشفعة » .

---

(١) العرصة : بوزن الضربة ، كل بقعة بين الدور واسعة ليس فيها بناء .
(٢) تقدم .
(٣) سقط من أ .

وقد ذهب [بعض المتأخرين] [١] إلى التلفيق بين ما وقع في الكتابين بما لا خفاء به على من طالع كتب الشرح .

وأما مسألة العَرْصَة : إذا باع أحد الشريكين حصته من النقض ، وإن رب العَرْصَة مُقَدَّم في الأخذ على الشريك ، هل يجوز هذا البيع أم لا ؟ على قولين :

أحدهما : أن البيع في ذلك جائز ، وهو قول ابن القاسم في المدونة .

والثاني : أن البيع لا يجوز ؛ لأن ذلك غرر وخطر ؛ إذ لا يدري [المشتري] [٢] ما الذي يصح له إن كان النقض أو القيمة أو الثمن الذي دفع، وهو قول أشهب ، وسحنون .

وعلى القول بجواز البيع وصحته ممن يأخذ رب العرصة ، هل من البائع أو [من] [٣] المشتري ؟

فالمذهب على قولين ؛قيل : من البائع ، وقيل : من المشتري .

وعلى القول بأنه يأخذه من البائع : فقد اختلف فيه المتأخرون على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه يأخذه بالأقل من القيمة أو الثمن قائمًا .

والثاني : [أنه] [٤] يأخذه بالثمن فقط .

والثالث : أنه يأخذه بقيمته مقلوعًا ، وهو ظاهر قوله فى « الكتاب» فى اشتراء النقض والشريك غائب ، حيث قال : يعطيه قيمة بنيانه ، ولا يأخذ الثمن الذي اشتراه به .

والأقوال كلها متأولة على المدونة .

---

(١) في أ : المتأخرون .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

وعلى القول بأنه يأخذه من البائع أو بالأقل : فإن [البيع] [١] بينه وبين المشتري ، ويرجع عليه المشتري بما دفع له .

وعلى الـقول بأنه يرجع عـلى المشتري فـيأخذه ، فبماذا يـأخذه ؟ هل بالثمن أم بالقيمة أم بالأقل ؟

فعلى الثلاثة الأقوال التي قدمناها.

وسبـب الخلاف : هل ذلك من باب الأخذ بالشفعة ، أو ذلك من باب دفع الضرر ؟

وإن كان الأخذ بالشفعة في أصـله من باب دفع الضرر ، فمن رأى أن ذلك من بـاب الأخذ بالشفعـة [حقيقة وحكـمًا قال : يأخذ من المـشتري بالثمن إلا أن كونه مـن باب الشفعة] [٢] بعيد عن مذهـب المدونة ومشهور المذهب ؛ وذلك أنا [قررنا] [٣] أن الشفعة إنما تجب للشريك في عين المبيع الذي علـيه في قسمـته ضرر ، ورب العَـرْصَة لا شركة له فـي الأنقاض ، فبأي شيء يستوجب الشفعة ، وقـد قال في « الكتاب » في الذي باع نقض دار على أن يقلعـه المشتري ، فجاء رجل فاستحـق القاعة ، وأراد أن يأخذ النقض : أنه يأخذه من المشتري بقيمته منقوضًا ، ولا يأخذه بالثمن ؛ إذ لا شركة له في النقض، وكيف يصح أن [ق/ ١٨٢/ ٢ـأ] يستشفع في النقض بسبب ملكه ، وقد منع ذلك في هذه الصورة ، وذلك منه اختلاف قول.

وقال بعـض المتأخرين : كـان الأشبه ألا يأخذه بالـثمن ،ولعلـهم إنما سامحـوا في هذا ؛ لأن ثم من يأخـذ بالشفعـة ،وهو الشريك في الـنقض فكان هذا لما كان مقـدمًا عليه حل محله ، وعلى هذا الاعـتلال لو لـم يكن

(١) في أ : البائع .
(٢) سقط من أ .
(٣) في ب : قدرنا .

معه شريك في النقض ، وكان واحدًا هوالبائع لنقضه لم يأخذ ذلك رب الأرض إلا بقيمته كما قال في الذي استحق [القاعة] [١] ، وقد باع نقضها من كانت بيده على القلع أنه لا يأخذ النقض إلا بقيمته مقلوعًا .

❑❑❑

(١) في أ : القاعدة .

المسألة السابعة
في الحد الذي تنقطع إليه الشفعة

ولا يخلو الشفيع من أن يكون حاضرًا ، أو غائبًا .

فإن كان غائبًا : فلا يخلو من أن تكون غيبته قريبة أو بعيدة .

فإن كانت بعيدة : فهو على شفعته ـ علم بالبيع أو لم يعلم طال الزمان أو قصر ـ إلا أن يطول الزمان جدًا مما يجهل في مثله أصل البيع ،ويموت الشهود : فإن ذلك يقطع شفعته ، وهو قول مالك في كتاب محمد .

فإن كانت قريبة مما لا ضرر فيه على الشفيع في الشخوص للحضور ، ولا كلفة مؤنة فيعد كالحاضر ،وللإمام أن يكتب إلى قاضي البلدة التي هو فيها فيوقفه ، إما [ق/ ١٩٢ب] أن يأخذ وإما أن يترك .

وإن كان حاضرًا : فلا يخلو من أن يكون عالمًا بالبيع ، أو غير عالم به .

فإن كان غير عالم : فهو على شفعته ، ويصدق أنه لم يعلم ما لم يطل ذلك .

واختلف إذا قام بعد أربع سنين ، وقال : لم أعلم بالبيع ، هل يصدق ويمكن من أخذ الشفعة أم لا ، على قولين :

أحدهما : أنه يصدق ،ولو بعد أربع سنين ، وهو قول ابن عبد الحكم في «الموازية » .

والثاني : أنه لا يصدق في الزائد على أربع سنين ، وهو قول ابن المواز .

وإن كان عالمًا بالبيع : فلا يخلو من وجهين :

أحدهما : أن يكون له عذر .

والثاني : ألاَّ عذر له .

فإن كان له عذر كالمرض [والصغر . فأما المريض فهو على شفعته حتى يصح أو يموت ، فإن صح كان له الأخذ بالشفعة] (١) ، وهل يكون الأخذ فيه على الفور ، ويستأنف له الأجل أم لا ؟ على قولين :

أحدهما : أن له من الأجل بعد برئه ما للحاضر ، وهو قول مطرف ، وابن الماجشون في « الواضحة » .

والثاني : أن المريض كالصحيح فيما تنقضي فيه الشفعة ، إلا أن يشهد في مرضه قبل مضي وقت الشفعة أنه على شفعته ، وهو قول أصبغ في الكتاب المذكور.

وأما الصغير العاجز غير البالغ ، أو البكر البالغ ، والغائب يقدم ، هل يبتدأ لهم أمد الشفعة من يومئذ ، أو يكون [وقفهم] (٢) في الحال إما سلموا ، وإما أخذوا ؟

أما الصبي الصغير ، والبكر البالغ : فلا يخلو من أن يولَّى عليهما ، أو [لم] (٣) يولَّى عليهما .

فإن ولى عليهما بأب ، أو وصي ، فسلم الأب أو الوصي الشفعة ، أو كانا مهملين ،فسلمها عليهم السلطان : فلا شفعة لواحد منهما إذا بلغ مبلغ الأخذ [بالشفعة] (٤) بنفسه ، وهو نص المدونة .

---

(١) سقط من أ.

(٢) في أ : وقوفهم .

(٣) في أ : لا .

(٤) سقط من أ .

فإن أهملوا الأمر ،ولم يأخذوا ،ولا صرحوا بالترك إلى أن بلغ الصبي؛ أما ترك الأب الأخذ بالشفعة : فإنه كترك الولد ، فلا قيام له بعد بلوغه ورشده ، وأما غير الأب من سائر الأولياء ؛ كالوصي ، والمُقَدَّم من جهة الحاكم ، أو الحاكم نفسه إذا ترك الأخذ بالشفعة ،وأهمل النظر فيها إلى بلوغ الصبي : فإنه يتخرج على قولين :

أحدهما : أنه لا قيام للصبي ، بعد [بلوغه] [١] ولا شفعة له ، وإن كان ذلك منهم تضييع ،وتفريط كما لو فطر هو في الأخذ حتى انقضى الأمد ، وهو بالغ رشيد ، وهو قول مالك ،وابن القاسم ، وأشهب في «المجموعة » .

ويتخرج فيها قول آخر [أن] [٢] : له القيام بها بعد البلوغ .

وينبني الخلاف : على الخلاف في الأخذ بالشفعة ، هل طريقها طريق البيع ، أو طريقها طريق الاستحقاق ؟ .

فمن قاسها على البيع قال : لا قيام له بعد البلوغ ، ومن قاسها على الاستحقاق قال : له القيام .

فإن لم يولَّى عليه بأب ، ولا وصي ، وكان بموضع لا سلطان فيه : فله القيام بشفعته إذا بلغ ، وهل يبتدأ له الأجل أجل الشفعة من يومئذ ، أو يوقف من ساعته ؟ فيتخرج على قولين قائمين من المدونة :

أحدهما : أنه من يومئذ يصير كالحاضر الرشيد العاقل يكون له أجل الشفعة من يومئذ ، وهو قول أشهب ، وعبد الملك ، ومطرف في «الواضحة » وهو قائم من المدونة من « كتاب الإيلاء » في الذي آلى من

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

صبية صغيرة لا يوطأ مثلها : فإنه لا يؤجل حتى يمكن [من] [١] وطئها ، فمن يومئذ يضرب له أجل المولى .

والثاني : أنه لا يؤجل ، ويوقف من ساعته ، فإما أخذ وإلا ترك ، وهو قول يستقرأ من المدونة من غير ما موضع .

والغائب إذا قُدِّم كالصغير إذا بلغ .

فإن كان الشفيع لا عذر له ، وكان عالمًا بالبيع : فلا يخلو من أن يوقفه السلطان على الأخذ أو الترك ، أو لم يوقفه .

فإن أوقفه السلطان فصرح بالأخذ أو الترك ، فلا إشكال ،فإن صرح بالترك : فلا قيام له بعد ذلك ، ولا خلاف في ذلك .

وإن صرح بالأخذ : فلا رجوع له عنه بعد ذلك أيضًا ، فإن كان له مال : أخذ منه الثمن ، وإن لم يكن له مال : بيع عليه حظه الذي استشفع به ،والشقص الذي استشفع فيه حتى يتم المشتري جميع الثمن ، وهي رواية عيسى عن ابن القاسم في « العتبية ».

فإن كان أوقفه السلطان ، فطلب منه التأخير حتى يرتئي وينظر ، هل يمكن من ذلك ويَتَلَوَّم له أم لا ؟ على قولين :

أحدهما : أنه لا يتلوم [ويوقفه] [٢] في الحال إما أخذ ، وإما ترك ، وهو قوله في « كتاب ابن المواز » ، وهو قول أشهب في « المجموعة » أيضًا.

والثاني : أنه يؤخره الإمام اليومين والثلاثة لينظر ويستشير ، وهو قول مالك في « مختصر ابن عبد الحكم » : فأما إن قال : أنا آخذ ، وطلب التأخير بالثمن اليومين والثلاثة : فذلك له ، قاله مالك في « العتبية » ،

---

(١) سقط من أ .

(٢) في ب : ويوقف.

و«الموازية » وغيرها .

فأما إذا لم يوقفه السلطان ، ولا تعرض له ، فأي أمد ينقضي إليه الأخذ بالشفعة ،وإلى أيّ مرد ؟ فقد اختلف المذهب في ذلك على سبعة أقوال :

أحدها : أنه على شفعته أبدًا ، ولا تنقطع حتى [يوقف] [١] أو يصرح بتركها ، وهو قول عبد الملك بن الماجشون عن مالك ، وهو مذهب الشافعي .

والثاني : الأخذ بالشفعة على الفور ، فإذا علم بالبيع ،وترك القيام فلا شفعة له بعد ذلك ، وهو قول ابن وهب ، وهو مذهب أبي حنيفة .

والثالث : أن أمد الشفعة سنة ، فإذا غربت الشمس من آخر تمام السنة، فلا شفعة له بعد ذلك ، وهو قول أشهب في « العتبية » و« المجموعة».

والرابع : أن السنة في حيز القليل ، ولا تنقطع الشفعة إلا بالزيادة على السنة ، وهو قول ابن القاسم في « المدونة » ، و« الموازية » ،وقال في «الوثائق » : مثل الشهر والشهرين ، وحكى الصديني مثل ثلاثة أشهر ، وهو موافق لقول ابن القاسم في الكتاب : وأن ما قرب الشيء فله حكمه ، كما قال في كتاب الزكاة : إذا قدمها قبل الحول ، وكما قال في كتاب الرضاع من المدونة .

والخامس : أنّ أَمَد الشفعة لا ينقطع إلا بعد [أربع سنين] [٢] وهو قول ابن الماجشون على ما حكاه ابن المعدل ، ومثله لأصبغ في « الواضحة ».

والسادس : أن شفعته لا تنقطع إلى عشر سنين ، اعتبارًا بالحيازة .

---

(١) في ب : ينقطع .

(٢) في ب : أربعين سنة .

والسابع : أنه على شفعته ما لم يوقفه السلطان على الأخذ أو الترك ، أو يصرح بتركها طوعًا منه ، ويشهد بذلك على نفسه ، أو يمضي من الزمان ما يدل على أنه تارك لها ، أو يحدث فيها المبتاع بناء ، أو غرسًا ، أو هدمًا ، أو تغييراً وهو حاضر : فتنقطع شفعته إلا أن يقوم بحدثان ذلك، وهو قول مطرف ، وابن الماجشون في « الواضحة » وأنكر أن يكون مالك حد سنة ، وقالا : سمعناه ، وقد سئل عن شفيع حاضر قام على شفعته بعد خمس سنين ، وربما قيل له أكثر من ذلك ، فقال : في هذه لا أراه طولاً ما لم يحدث المشتري بنيانًا ، أو تغييراً بينًا وهو حاضر ، فإن أجله أقصر من أجل الذي لم يحدث عليه ،وإن كان قبل السنة ، وهي رواية أصبغ عن أشهب في « العتبية » إذا بنى أو غرس أنها تنقطع قبل السنة .

والقولان المتقابلان هما الجاريان ،وما عداهما من الأقاويل ، فلا وجه له في طريق القياس [والحمد لله وحده] [1].

❑❑❑

(١) زيادة من ب .

المسألة الثامنة

في الذي ابتاع داراً فهدمها أو باع النقض ثم استحق رجل نصفها، فهل يضمن الهادم للمستحق شيئاً أم لا ؟

فالمذهب على قولين:

أحدهما: أنه لا يضمن له ؛ لأنه هدم بوجه شبهة ، وهو قول ابن القاسم في « المدونة » ، وهو مشهور المذهب .

والثاني: أنه يضمن ، وهو ظاهر ما وقع في « كتاب محمد » في الثوب إذا قطعه بوجه شبهة ، فقد قال محمد : إنه يضمن الثوب ، وظاهر « المدونة » لا يضمن في الثوب إذا قطعه .

وما فرق [فيه] [1] محمد من أن الثوب يرجع إلى هيئته ، والدار لا ترجع إلى هيئتها ليس بين ، وقد يقال : إن المشتري إذا وجب أن يضمن جناية الخطأ في العبد إذا اشتراه في أحد القولين : جاز أن يضمن الهدم والقطع .

وعلى القول بأنه لا يضمن : فلا يخلو المستحق من وجهين : إما أن يجيز البيع ، أو لا يجيزه ؛ فإن أجاز البيع على أن يأخذ نصف الثمن : فلا إشكال ، وإن أبى أن يجيز البيع في نصيبه : فلا يخلو قيام المستحق من أن يكون قبل فوات النقض من يد المشتري ، أو بعد فواته .

فإن كان قبل فواته : فإن المستحق يأخذ نصف العرصة ، ونصف النقض، ويأخذ النصف الآخر بنقضه مهدومًا بالشفعة بنصف جميع الثمن إن شاء ، ولا يحط عنه للهدم شيء .

---

(١) في أ : به .

فإن قام بعد فوات النقض من يده [ق/ ٢/١٨٣ ـ أ] فلا يخلو من أن يكون فواته بسبب سماوي ،أو ببيع ، أو هبة .

فإن فات بأمر من الله تعالى : لم يكن على المشتري في النصف المستحق شيء ، [وإن أراد أخذ النصف الباقي بالشفعة أخذه بجميع الثمن، ولا يحط عنه لتلف النقض شيء كما لو بيت المساكين ثم جاء الشفيع ، وكذلك إن تلف] [١] بيد الموهوب له بأمر من الله تعالى : لم يضمن الواهب ،ولا الموهوب له شيء .

فإن كان فواته ببيع ، أو هبة : فلا يخلو من أن يكون قائمًا بيد المشتري، أو فائتًا .

فإن كان قائمًا : هل ينتقض فيه البيع ، أو يأخذ المستحق ثمنه ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أن النقض ينتقض فيه البيع ، ويأخذ المستحق نصفه مع نصف العرصة بالاستحقاق ، ويأخذ النصف الباقي من العرصة ، والنقض بالشفعة إن شاء ، وهو قول ابن القاسم في « المدونة » ، و« الموازية » .

والثاني : أنه يأخذ الثمن الذي بيع به النقض مع القاعة من مشتري الدَّار يعطيه ثمن الذي به اشترى ، وهو قول ابن القاسم في « كتاب ابن عبدوس» ولأشهب مثله في « كتاب ابن المواز » على ما حكاه عنه محمد وسحنون : أنه يأخذ [نصف] [٢] النقض ويقاصص به المشتري فيما له عليه من ثمن نصف العرَصَة والنقض ؛ مثل أن يباع النقض بخمسين ومائة ، وكان شراؤه لجيمع الدار بمائة : فإ المستحق يأخذ نصف القاعة بالاستحقاق ، ويأخذ النصف الآخر بالشفعة بخمسين دينارًا ، وله في ثمن النقض خمسة

---

(١) سقط من ب .

(٢) في أ : ثمن .

وسبعون دينارًا أو به ويتقاصا معه في خمسين ، ويأخذ خمسة وعشرين ، وأنكر هذا سحنون ، وابن المواز؛ قال ابن المواز : هذا وهم ، ولم يقله أحد من الناس .

قالا : وقد أجمعوا على أن من ابتاع شقصًا له فيه شفيع ، ثم باعه قبل أن يأخذه الشفيع بالشفعة ، ثم قال الشفيع : أنا أجيز البيع ، وآخذ الثمن، وأدفع إلى المشتري ما أشتري به : لم يكن له ذلك ، قال سحنون : وهذا خلاف الاستحقاق ؛ لأن المستحق إنما يبيع معه ملكه ، والشفيع إنما يبيع ملك غيره ، وهذا من باب ربح ما لم يضمن .

فإن رضي المستحق بأخذ العرصة بما ينوبها من الثمن مع وجود النقض، فهل يجوز ذلك أم لا ؟

فإنه يتخرج على قولين قائمين من « المدونة » :

أحدهما : أن ذلك لا يجوز ؛ لأنه صار آخذًا للعَرْصَة بثمن مجهول ، لما كان قادرًا على أخذ النقض ، وهو المشهور .

والثاني : أن ذلك جائز ، وهو أحد قولي ابن القاسم في جميع السلعتين في البيع ، وعلى ذلك [الخلاف] [1] ينبني الخلاف [على الخلاف] [2] في هذه المسألة .

فإن عرف ما ينوب النقض من الثمن وعرف ما ينوب العَرْصَة : فإن ذلك لا يلزم بائع النقض إلا برضاه ؛ لأنه يقول : إنما رضيت ببيع النقض برخص من الثمن رغبة في بقاء الأصل في يدي ، فإن أخذ الأصل من يدي فلا أرضى بثمن النقض ، فإذا رضي بذلك جاز ؛ لأنه كمن راضاه على أن

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

يأخذ بعض ما له فيه الشفعة ويسلم بعضه .

فإن كان النقض فائتًا عند مشتريه : فلا يخلو تلفه وهلاكه من أن يكون بأمر [ق/١٩٣ب] من الله ، أو بسبب آدمي .

فإن كان بسبب آدمي : فإن المستحق يأخذ نصف العَرْصَة ، ونصف ثمن النقض من بائع النقض ، فإن أراد الأخذ بالشفعة في النصف الباقي : فإن الثمن نقض على قيمة القاعة يوم وقع البيع ، وعلى قيمته منقوضًا ، فيحط من ذلك ما قابل الأنقاض في النصف المستشفع ، ويأخذ القاعة بما ينوبها من الثمن .

وهل يستشفع بما ينوبها من الثمن [فأبلغ أو إنما يستشفع بالأقل مما أخذ من ثمن الأنقاص ؟ على قولين :

أحدهما : أنه يستشفع بما ينوبها من الثمن] [1] قلَّ أو كثر ؟ وهو قول ابن القاسم في « المدونة » .

[والثاني] [2] : أنه يستشفع بالأقل مما أخذ من ثمن الأنقاض أو ما ينوب ذلك من الثمن ، وهو قول ابن المواز .

فإن فاتت بأمر من الله تعالى ، فبماذا يستشفع ؟

فالمذهب على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه يستشفع في العَرْصَة بقدر ما ينوبها من الثمن ، وهو قول ابن القاسم .

والثاني : أنه يستشفع بالأقل ، وهو قول محمد .

والثالث : أنه يستشفع بجميع الثمن ، ولا يوضع عنه مما يقابل الأنقاض

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

شيئًا ؛ لأن [ثمن] (١) الأنقاض يؤخذ بالشفعة مع العرصة لما كانت في حكم التبع .

فإذا هلكت بأمر من الله تعالى كان على الشفيع إذا أخذ أن يأخذ بجميع الثمن ، وهو قول أشهب .

فإن بناها بعدما هدمها ثم استحق رجل نصفها : فإنه [لا يأخذ] (٢) النصف المستحق ، وقيل له : ادفع إليه قيمة البناء قائمًا ، فإن أبى ، قيل للمشتري : ادفع إليه نقصف قيمة القاعة ، فإن فعل فأراد أن يأخذ النصف الثاني بالشفعة ، هل يمكن من الأخذ أم لا ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنه لا يمكن [من الأخذ] (٣) بالشفعة ؛ لأن الشقص الذي به يستشفع قد باعه ، وهو مذهب المدونة .

والثاني : أنه يمكن من الأخذ] (٤) ويفض الثمن على قيمة الأنقاض منقوضة ، وقيمة العَرْصَة يوم وقع البيع ، يأخذ بذلك وبنصف قيمة البناء قائمًا .

وينبني الخلاف : على الخلاف في الشقص الذي به يستشفع إذا باعه بعد وجوب الشفعة ، هل يجوز [له] (٥) الأخذ بالشفعة أم لا ؟

والخلاف في ذلك في المذهب معلوم ، وهذا كله إذا هدمها المشتري.

وأما إذا هدمها رجل أجنبي بتعدٍ منه ، فترك له المشتري القيمة أو لم

---

(١) سقط من أ .

(٢) في ب : يأخذ .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من ب .

(٥) سقط من أ.

يتركها له ، ثم جاء رجل فاستحق نصف الدار ، والهادم غائب ، ولم يقدر عليه : فإن المستحق يأخذ نصف القاعة باستحقاقه ،ويتبع الهادم بنصف [قيمة] [١] ما هدم ، فإن أراد أخذ النصف الباقي بالشفعة فض الثمن على قيمة الأنقاض منقوضة ، وعلى قيمة العرصة ، فيأخذ الشفيع بما ينوبه من ذلك ، ويتبع المشتري الهادم بقيمة ذلك قائمًا إن كان ما ترك له قيمة الهدم، وهو قول ابن المواز في كتابه ، وهو نص قول ابن القاسم في « المدونة » في « كتاب الشفعة » [والحمد لله وحده] [٢].

(١) في ب : قائمة .

(٢) زيادة من ب .

المسألة التاسعة
في الشفعة فيما بيع بيعًا فاسداً من الرياع والعقار

ولا يخلو ما بيع بيعًا فاسدًا من أن يكون قائمًا بيد المشتري أو فائتًا .

فإن كان قائمًا : فلا شفعة للشفيع مع علمه ، فإن لم يعلم بفساد البيع وأخذ الشفعة : فإنه يرد إلا أن يفوت عند الأخذ بالشفعة بما يفوت به البيع الفاسد ، فيكون عليه الأقل من قيمته يوم قبضه هو أو القيمة التي وجبت على المشتري ؛ لأنه لا يقدر على رده لفواته عنده .

فإن كان فائتًا : فلا يخلوا من أن يكون فواته ببيع ، أو بتغيير الذات ؛ فإن فوته ببيع : فلا يخلو من أن يبيعه بيعًا صحيحًا ،أو فاسدًا .

فإن باعه بيعًا صحيحًا : فذلك فوت للبيع الفاسد ، قولاً واحدًا إذا لم يعلم بفساد البيع الأول ، فأما إذا علم بفساده وقصد ببيع الثاني تفويته البيع الفاسد : فالبيع الأول والثاني مردود ، فإذا قلنا : بأن البيع الصحيح يفيت البيع الفاسد إذا لم يقصد بذلك الحيلة : فللشفيع أن يأخذ بالشفعة بالبيع الصحيح ، وليس له أن يأخذ بالبيع الفاسد ؛ لأنه إن أخذ به كان ذلك نقضًا للبيع الصحيح الذي به أمضى البيع الفاسد ، وهو قوله في « المدونة » في رواية ابن وضاح .

فإن باعه بيعًا فاسدًا : فلا يخلو من أن يكون قد فات ، أو لم يفت .

فإن لم يفت عند واحد منهما : فإنه يفسخ البيعتان جميعًا الأولى ، والثانية .

فإن فات عند المشتري الأول ، ثم باع للآخر بيعًا فاسدًا ، ثم قام الشفيع قبل أن يفوت عند الآخر : فبيع الآخر مفسوخ ، وللشفيع الشفعة

بالبيع الأول .

فإن فات عند الآخر : فللشفيع أخذها من أيهما شاء بالقيمة التي لزمته بعد علمه .

فإن باعها للثاني من الثالث بيعًا صحيحًا : فذلك فوت للبياعات الفاسدة ، وللشفيع أن يأخذ بأي صفقة شاء ؛ فإن أخذها من الأول : فبالقيمة [لأنه] (١) قبضها ، ويرجع كل واحد من الباقين بما دفع .

وإن أخذ من الثاني : فبالقيمة يوم بيعه وقبضه بعد علمه بذلك كله .

وإن أخذ من الثالث : فبالثمن وعهدته على من يأخذ منه ،وإن أخذ من الأول زالت العهدة عن الباقين ، ولا يأخذ من الأول ، ومن الثاني حتى يتراجعا القيمة ويعرف ، ولو فعل ذلك قبل ذلك لنقض البيع الصحيح وما قبله ، وزالت الشفعة ، أخذها من الأول أو من الثاني ، وهذا كله قول أشهب في « الموازية » ، و« المجموعة » ،وهو مذهب « المدونة » .

فأما إذا كان فواته بتغيير الذات ؛ مثل أن يبنى فيه المشتري أو يهدم ، أو يغرس ، أو يقلع الغرس ، وأما البنيان العظيم مثل البيوت ، والقصور يبنيها المشتري ، أو غرس يغرسه ، أو بنيان يهدمه : فلا خلاف فيه [في المذهب] (٢) أن ذلك فوت ، وللشفيع أن يأخذ بالشفعة بالقيمة مع قيمة ما أنفق المشتري في العمارة ، وهو قول ابن القاسم في « المدونة » .

وفي الهدم يأخذ بقيمتها [ق / ١٨٤/ ٢ ـ أ] يوم القبض ، ولا يوضع عن الشفيع للهدم شيء ، ويقال له : خذ بجميع القيمة التي لزمت المشتري أو دع .

---

(١) في أ : لأنها .

(٢) سقط من أ .

واختلف في البنيان اليسير ، والإصلاح الخفيف هل حكمه حكم [البنيان] (١) الكثير ، أو حكمه حكم تغيير البناء من غير هدم على قولين قائمين من المدونة :

أحدهما : أن اليسير من البنيان كالكثير منه ، وهو ظاهر المدونة من غير ما موضع ؛ لأنه يقول : البناء والهدم فوت ، ولم [يفصل] (٢) ولا فسر .

والثاني : أن اليسير من البنيان كتغيير البنيان ، وهذا قول استقرأه بعض المتأخرين من قوله في « كتاب الشفعة » من « المدونة » : وكان فيها بنيان القصور ، والبيوت ، فهذا فوت أيضًا ، فقال هذا تفسير ما أجمله في غير هذا الموضع ، وكان البناء اليسير ، والإصلاح الخفيف حكمه حكم تغيير البناء من غير هدم ، وإلى هذا المعنى أشار [القاضي] (٣) أبو الفضل - رحمه الله .

واختلف في حوالة الأسواق في الرياع ، هل هي فوت أم لا ؟ على قولين :

أحدهما : أن ذلك ليس بفوت ، وهو قول ابن القاسم في « المدونة » وغيرها ، وهو المشهور في المذهب .

والثاني : أنها فوت في الرياع كغيرها ، وهو قول أشهب في « الموازية » وغيرها .

ويؤخذ لابن القاسم من « المدونة » مثل قول أشهب من قوله في اختلاف البائع والمشتري والشفيع : إن كانت الدار في يد البائع أو في يد

---

(١) في أ : البناء .

(٢) في أ : يقصد .

(٣) سقط من أ .

المشتري : لم تفت بطول الزمان ، أو بهـدم ، أو تغيير المساكن إلى آخر ما ذكر : فالقول قول البائع يريد ،ويتحالفان ،ويتقاسمان .

وإن تغيرت بما ذكرت لك ،وهي في يـد المشتري : فالقول قوله ؛ لأن طول الزمان يتضمن حوالة الأسواق ، والاستقراء ظاهر ، وإليه [نحا] [1] أبو عمران الفاسي وغيره ، والحمد لله وحده .

❑❑❑

---

(١) في أ : أشار .

المسألة العاشرة

إذا اشترى شقصاً بطعام بعينه ثم استحق ذلك الطعام

فلا يخلو استحقاقه من أن يكون قبل الأخذ بالشفعة ، أو بعده ،فإن كان قبل الأخذ ، هل يفسخ البيع أم لا ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أن البيع يفسخ ، ولا شفعة [فيه] (١) وهو مذهب المدونة ، وهو مشهور المذهب .

والثاني : أن البيع لا ينتقض ، وعليه أن يأتي بطعام مثله ، وهو قول محمد في كتابه .

وسبب الخلاف : اختلافهم في الطعام هل هو مراد لعينه ، [أو مراد](٢) لغرضه .

فإن كان الاستحقاق بعد الأخذ بالشفعة : فالبيع ماض ولا يرد ، ويغرم الشفيع مثل الطعام الذي به وقع الشراء للمشتري .

واختلف ما الذي به يرجع للبائع على المشتري على قولين متأولين على «المدونة » .

أحدهما : أنه يرجع عليه بمثل طعامه ، وهو قول ابن المواز ، وهو تأويل بعضهم على « المدونة » .

والثاني : أنه يرجع على المشتري بقيمة شقصه ، وهو تأويل بعضهم

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

على « المدونة » أيضًا ؛ لأنه قال في الكتاب : ولو أخذ الشفيع الشقص ثم استحق الطعام لـم يرد وغرم له مثل طعامه ؛ فتأول بعضـهم أن الشفيع هو الذي يغرم للمشتري مثل الطعام الذي به اشترى ، ويغرم ، وهو للبائع قيمة شقصه ، وهذا التأويل أسعد بظاهر الكتاب ، وأجرى على أصول المذهب، وهو تأويل أبي الحسن بن القابسي .

وسبب الخلاف : ما قدمناه من اختلافهم في الطعام المعين ، هل هو مراد لعينه ، أو مراد لغرضه .

ومن هذه المسألة يؤخذ جواز السلم الحال أيضًا على ما نبهنا عليه في كتاب المرابحة ؛ وذلك أن مشتري الشقص قد أسلمه في كذا وكذا قفيز حنطة في ذمة الشفيع على وجه الحلول [والحمد لله وحده] [١].

❑❑❑

(١) زيادة من ب.

المسألة [الحادية] (١) عشر
في [عهدة] (٢) الشفيع على من تكون

ولا خلاف في مذهب مالك ـ رحمه الله ـ أن عهدة [الشفيع] (٣) على المشتري لا على البائع ، سواء أنفد المشتري الثمن أم لا إلا شيئًا استقرأه بعض المتأخرين من « المدونة » : أن الشفيع مخير إن شاء كتب عهدته على البائع، وإن شاء على المشتري ،والموضع الذي يُستقرأ منه ذلك ، إذا بيع الشقص وتداولته الأملاك ؛ حيث قال : فإن الشفيع يأخذ بأي صفقة شاء.

ولا شك أنه إذا أخذ ببعض الصفقات المتوسطات ، فإن عهدته على الذي أخذ منه الشقص ،وهو بائع ومبتاع .

فإن كان المشتري لم يدفع الثمن إلى البائع : فلا يخلو من أن يكون حاضرًا ، أو غائبًا ـ أعني :المشتري ـ ؛فإن كان حاضرًا : فعلى المشتري دفع الثمن للبائع على المشتري إن كان الثمن نقدًا ، وعلى المشتري تسليم الشقص [للشفيع] (٤) إن كان قد قبضه من البائع ، وإن لم يقبضه : فللبائع أن يقبضه للشفيع ، وعهدته في ذلك كله على المشتري لا على البائع ، وإنما تكون عهدة الشفيع على البائع ـ في مذهبنا ـ [في] (٥) العامل إذا اشترى بمال القراض شقصًا هو شفيعه : فإن عهدته على البائع لا على رب المال إذا لم يرض رب المال بشرائه لما يكون عليه من عهدته ،

---

(١) في أ : الحادي .
(٢) في أ : مذهب .
(٣) في أ : المشفع .
(٤) سقط من أ.
(٥) في أ : على .

وهذا قول أشهب في « المجموعة » .

وروى بعض المتأخرين [أن سحنون] [١] يقول : إذا أخذ العامل بالشفعة فعهدته على رب المال ، وهذا القول حكاه القاضي أبو الفضل ، فإن اشترى العامل شقصًا بمال القراض ، ورب المال شفيعه : فعهدته على البائع قولاً واحدًا ؛ إذ لا سبيل إلى أن تكون عهدته على العامل ؛ لأن ذلك يؤدي [إلى أن تكون] [٢] عهدته على نفسه ؛ لأن المال ماله وفيه تكون العهدة ، فيتحصل في العامل إذا كان هو الشفيع قولان :

أحدهما : أن عهدته على البائع .

والثاني : أنها على رب المال .

وإذا كان رب المال هو الشفيع : فعهدته على البائع قولاً واحدًا .

وإذا كان الشفيع أجنبيًا : فعهدته [ق/ ١٩٤ب] على المشتري ، قولاً واحدًا .

فإن كان المشتري غائبًا ، فأبى البائع من دفع الشقص : فالمذهب علي قولين :

أحدهما : أن السلطان ينظر في ذلك ، وهو قول ابن القاسم في «المدونة » ، و« الموازية » .

والثاني : أنه ينظر فإن قربت غيبته كتب إليه السلطان حتى يقدم ، فيكتب عليه العهدة ، فإن بعدت غيبته : قضى للشفيع بشفعته ،وقضى للبائع بقبض الثمن منه إن لم يكن قبضه ، وإن كان البائع [قد قبضه أخذه

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ب .

الإمام من الشفيع ، فأوقفه للمبتاع ، وكتب عليه العهدة ، فإذا قدم] [١] أشهد بذلك على نفسه ، وهو قول أشهب في «المجموعة» ، و«الموازية».

قال محمد : وإن مات فالعهدة على ورثته - يريد في تركته - وإذا حكم على المبتاع [بالشفعة] [٢] فأبى من أخذ الثمن قال : يحكم له بها ويكتب له العهدة على المبتاع ، ويأخذ الثمن [فيوقفه] [٣] له وهو مال من ماله ، والشفيع منه بريء .

وأما إذا اشتراه بثمن إلى أجل ، ثم قام الشفيع ، فطلب الأخذ بالشفعة: فلا يخلو قيامه من وجهين :

إما أن يكون قبل حلول الأجل ، أو بعده .

فإن قام بالشفعة قبل حلول الأجل : فلا يخلو من أن يرضى بتعجيل الثمن نقدًا ، أو قال : تؤدي عند حلول الأجل .

فإن رضي بتعجيل الثمن على الحلول : فذلك جائز ، ويجبر المشتري على قبضه ، ثم لا يلزمه تسليمه للبائع حتى يحل الأجل ، وليس للبائع أن يمنع الشفيع من قبض الدار ، وهو قوله في « المدونة » .

فإن قال الشفيع : لا أدفع [الثمن] [٤] إلا إلى الأجل : كان ذلك له .

فإن طلب قبض الدار من ساعته : فلا يخلو من ثلاثة أوجه :

إما أن يتساويا في الملاء ، أو يتساويا في العسر ، أو يختلفا .

فإن تساويا [في اليسر والملاء ، فإنه الشفيع يقبض الشقص من ساعته،

---

(١) سقط من أ .

(٢) في ب : بشفعته .

(٣) في ب : فيوقف .

(٤) سقط من ب .

ولا شيء عليه لا حميل ولا غيره ، حتى يحل الأجل ، ولا خلاف أعلمه في هذا الوجه ، فإن تساويا] [١] في العسر ، فأبى المبتاع تسلم الشفعة إلا [بحميل] [٢] هل له ذلك أم لا ؟ فالمذهب على قولين :

أحدهما : أن للشفيع أن يأخذها بغير حميل ، ولا حجة للمشتري [بتعضل البائع عليه بتأخيره بلا رهنٍ ولا كفيل ، وهو قول مالك في المجموعة والموازية .

والثاني : أن الشفيع] [٣] لا يأخذها إلا بحميل مهما كان عديمًا ، وسواء كان المشتري موسرًا أو معسرًا ، وهو قول ابن المواز .

فإن اختلفت حالاتهما ؛ مثل أن يكون أحدهما موسرًا ، والآخر معسرًا، أو كانا جميعًا موسرين أو معسرين إلا أن أحدهما أيسر من الآخر، أو أعسر منه ؛ أما إن كان موسرًا [٤] والمشتري معسرًا ، أو كانا موسرين إلا أن الشفيع أيسر منه : فإنه يأخذ بالشفعة بلا رهن ،ولا حميل ، قولاً واحدًا .

وإن كان المشتري موسرًا ،والشفيع معسرًا : فلا يأخذه الشفيع إلا برهن أو حميل ، قولاً واحدًا .

فإن كانا موسرين ، إلا أن المشتري أيسر منه ، هل [يأخذه] [٥] الشفيع بحميل ، أو بغير حميل؟ فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنه لا يأخذه إلا بحميل ثقة،وهو قول أشهب في « الموازية».

---

(١) سقط من أ .
(٢) في أ : بشفيع بحميل .
(٣) سقط من أ .
(٤) أي : الشفيع .
(٥) في ب : يأخذ .

والثاني : أنه يأخذه بغير حميل إن كان مَلِيًا ،وإن كان المشتري أملى منه، وهو قول ابن المواز .

ولو اشتراه المشتري بثمن إلى أجل على أن أعطى للبائع حميلاً أو رهنًا: لم يكن للشفيع أن يأخذه إلا بذلك ـ كان موسرًا أو معسرًا ـ وهو قول أشهب في « الموازية » ،ولا أظنهم يختلفون في ذلك .

فأما إذا قام الشفيع بعد حلول أجل الثمن ،وقد قبضه البائع أو لم يقبضه ، فقال الشفيع : أنا آخذ بالشفعة على أن يكون الثمن [عليّ] (١) إلى مثل ذلك الأجل ، أرتفق أنا كما ارتفقت به أيها المشتري ، هل يمكن من ذلك أم لا ؟ على قولين :

أحدهما : أنه يمكن من ذلك ،ويرتفق بالأجل مثل ما ارتفق به المشتري، وهو قول عبد الملك في « المجموعة » ، و« الموازية » ، وبه أخذ ابن حبيب ، قال : وهو قول مالك .

والثاني : أنه لا يأخذه إذا قام بعد حلول الأجل إلا بنقد ،ولا يستأنف له الأجل ، وهو قول أصبغ في الواضحة ،والقول الأول أظهر في النظر.

وأما إن اشترى الشقص بدَين كان له على البائع إلى سنة ، فقام الشفيع، هل يأخذه بالثمن نقدًا أو إلى أجل أو إنما يأخذه بالقيمة ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنه يأخذه بالثمن الذي اشترى به المشتري نقدًا ولا يؤخر ، وهو قول مالك في كتاب محمد ، وبه قال أصبغ ؛ لأن [ق/ ١٨٥/ ٢أ] ما على المشتري من الثمن قد حَلّ بقبض الدّار ، وحاصَصَ البائع بالثمن فيما له عليه من الدّين برضاهما .

---

(١) سقط من أ .

والثاني : [أنه يأخذه] [١] بمثل الدنانير التي له عليه إلى مثل الأجل ، وهو قول ابن المواز على ما نقهل التونسي [رحمه الله] [٢] .

وعلى القول بأنه يأخذه بالقيمة ، هل بقيمة الدين ، أو بقيمة الشقص؟ فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنه يأخذه بقيمة ذلك الدين عرضًا نقدًا يدفعه ؛ لأن الدين عرض من العروض ، وهو قول ابن الماجشون في « الموازية » ، و«المجموعة» ، و« الواضحة » .

والثاني : أن الدين يقوم بالعرض ثم يقوم العرض بالعين ، ثم يأخذ الشفيع بذلك العين ، وهو قول سحنون في « كتاب ابن عبدوس »، والحمد لله وحده .

❑❑❑

(١) سقط من ب .

(٢) زيادة من ب .

المسألة الثانية عشر
في قيام الشفيع في الأرض بالشفعة وهي مبذورة

فلا يخلو ذلك من وجهين :

أحدهما : أن يكون ذلك قبل طلوع البذر [من الأرض] (١) .

والثاني : أن يكون ذلك بعد ظهوره .

فإن كان ذلك قبل بروز الزرع ، مثل أن تكون [الأرض] (٢) بين الشريكين ، فيبيع أحدهما نصيبه منها ، فيريد الشريك الأخذ بالشفعة ، وهي مبذورة : فلا يخلو الأمر فيها من ثلاثة أوجه :

أحدها : أن يكون المبتاع هو الباذر لها .

والثاني : أن يكون البائع هو الباذر لها ،وباعها مبذورة .

والثالث : أن يكون البذر لغيرهما ؛ مثل مكترٍ ، أو ممنوح ، أو ما أشبه ذلك .

فالجواب عن الوجه الأول من الوجه الأول : إذا كان المشتري هو الذي بذرها ، هل يأخذ الشفيع الأرض ببذرها ، أو يبقى للمشتري أم لا ؟

على قولين قائمين من المدونة .

أحدهما : أن الشفيع يأخذ الأرض [ويبقى البذر للمبتاع الذي بذره ، وهو نص قول ابن القاسم في المدونة .

والثاني : أن الشفيع يأخذ الأرض] (٣) والبذر ، وهذا القول يستقرأ من

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ.

(٣) سقط من أ .

المدونة ، وعند ذكر سبب الخلاف يتبين [موضع الاستقراء ، وعلى القول بأن الزرع يبقى للمشترى ، فلا يصح له الأخذ بالشفعة إلا بعد طلوع البذر][1]؛ إذا لا يصح للرجل أن يبيع أرضه، وهي مبذورة، فيستثنى البذر.

وعلى القول بأنه يأخذه مع الأرض بالشفعة فبماذا يأخذه ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنه يأخذه مع الأرض بقيمة البذر مع العمل .

والثاني : أنه يأخذه بقيمته على الرجاء ، والخوف ،والقولان حكاهما [أبو الوليد بن رشد ـ رحمه الله] [2].

وسبب الخلاف : اختلافهم في الأخذ بالشفعة ، هل طريقه طريق البيع، أو طريقه الاستحقاق ؟

فمن رأى أن طريقه طريق البيع ، قال : يأخذ الأرض مع الزرع بالشفعة ، كما يكون البذر للمشتري إذا اشترى الأرض ، ولاسيما على أحد قولي المذهب أن الشفعة في الزرع إذا بيع [مع] [3] الأرض ، وهو قول بعض أصحابنا ، وهو ظاهر قول مالك في سماع أشهب عنه : أن الشفعة في الأرض في كل ما أنبتت الأرض .

ومن رأى أن [طريقه] [4] طريق الاستحقاق قال : الزرع يكون للمشتري دون الشفيع.

والجواب عن الوجه الثاني : إذا كان البائع هو الباذر لها : فليأخذها الشفيع مبذورة بجميع الثمن على القول الذي يرى [أن] [5] في الزرع

---

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : ابن رشد .

(٣) في أ : من .

(٤) في أ : طريقها .

(٥) سقط من أ .

الشفعة ، وعلى القول الذي يقال فيه : أن الأخذ بالشفعة طريقه طريق البيع، وأما على القول الذي يحمل فيه الأخذ بالشفعة محمل الاستحقاق ، فإنه يأخذ الأرض بما ينوبها من الثمن خاصة .

والجواب عن الوجه الثالث : إذا كان غيرهما هو الباذر لها : فإنه يأخذ الأرض بالشفعة دون البذر بجميع الثمن ، ولا كلام في هذا الوجه .

وأما [الجواب عن] (١) **الوجه الثاني من أصل التقسيم** : إذا قام الشفيع بعد طلوع البذر وظهوره : فلا يخلو من الأقسام التي قدمناها ، غير أن الوجهين يستوي الحكم فيهما ؛ وهو أن يكون البذر للمبتاع ، أو يكون لأجنبي : فإن الشفيع يأخذ [فيهما] (٢) الأرض دون الزرع بجميع الثمن .

وأما إن كان البذر قد بذره البائع : فلا يخلو قيام الشفيع من أن يكون قبل يبس الزرع ، أو بعده .

فإن كان قيامه قبل يبس الزرع وطيبه ،هل يأخذ الزرع والأرض بالشفعة أم لا ؟

على قولين ، وقد قدمناهما في الوجه الأول :

أحدهما : أنه يأخذ الزرع ، والأرض بجميع الثمن على القول بوجوب الشفعة في الزرع ، وعلى القول بأن محملها محمل البيع .

والثاني : أنه يأخذ الأرض بما ينوبها من الثمن ، على القول الذي لا يرى في الزرع شفعة .

فإن قام الشفيع بعد يبس الزرع : فلا يخلو من أن يكون البذر للبائع ، أو للمشتري .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

فإن كان للبائع : فإن الشفيع يـأخذ الأرض بما ينوبها من الثمن ، قولاً واحدًا ، ولا يأخذ الزرع .

فإن كان [للـمبتاع] [١] أو الأجنبي : فإن الشـفيع [لا يأخذ إلا] [٢] بجميع الثـمن ؛ لأنه إن كان البذر له : فقد أحرثـه بعد الشراء ، وإن كان للأجنبي : فالبيع في الأرض دون الزرع ، ولا إشكال في ذلك .

ويلتـحق بهذه المسألة فصـل آخر [وهو] [٣] طروء المسـتحق عـلى الأرض، وقد زرعت : ولا يخلو من وجهين :

أحدهما : أن يستحق الأرض والزرع .

والثاني : أن يستحق الأرض دون الزرع .

فأما إذا استحق الأرض والزرع ؛ مثل أن يـزرع الرجل أرضه ، فيتعدى عليه فيها رجل فيبيعها : فهو بالخيار بين أن يجيز البيع ويأخذ الثمن ، وبين أن يأخذ أرضه [بزرعها] [٤] ولا كلام في هذا الوجه .

وأما إذا استحق الأرض دون الزرع : فلا يخلو الأمر في ذلك من ثلاثة أحوال :

أحدها : أن يكون البذر بذره المستحق منه .

والثاني : أن يكون بذره البائع .

والثالث : أن يكون الأجنبي .

فـأما الحـال الأول : إذا بذره المستحق منه : فإن كـان غاصبًا : فحكمه

(١) في أ : للبائع .
(٢) في أ : يأخذ الأرض .
(٣) سقط من أ .
(٤) في أ : ويزرعها .

حكم الغاصب ، وهو معلوم ، فإن كان غير غاصب : فلا شيء للمستحق في الزرع ، ولا له قلعه ، وإنما له الكراء إن لم يكن فات الإبان .

وأما الحال الثاني : إذا كان البذر لأجنبي بوجه صحيح فهو له ، ويأخذ المستحق أرضه ، وله على [الزارع] (١) الكراء إن [كان] (٢) أكرى منه ، وإن كان الغاصب هو الذي أكرى منه ، فله الكراء أيضًا إن كان الإبان لم يفت ، وإن كان الإبان قد فات : جرى ذلك على الخلاف الذي في غلة الأرض المغصوبة ، وقد تقدم القول بها .

وأما الحال الثالث : إذا بذره البائع فباع الأرض مبذورة من المستحق منه: فإن المستحق يأخذ أرضه ، وهل ينفسخ البيع في الزرع أم لا ؟ على قولين:

أحدهما : أن البيع ينفسخ فيه ،ويرجع المبتاع بجميع الثمن على البائع، وهو قول مالك في المدونة .

والثاني : أن الزرع يبقى للمبتاع ، ويرجع على البائع فيما ينوب الأرض من الثمن ، وهو قوله في « كتاب ابن المواز » .

وينبني الخلاف على : الخلاف فيما يوجبه الحكم ، هل هو مثل ما يوجبه الشرط أم لا ؛ فمن رأى أن [ق/ ٥ ١٩ب] مثل ما يوجبه الحكم مثل ما يوجبه الشرط قال : يفسخ البيع في الزرع كأنه اشتراه دون الأرض على البقاء .

ومن رأى أن ما يوجبه الحكم خلاف ما يوجبه الشرط ، قال : الزرع يبقى للمبتاع ؛ لأن ذلك شيء أوجبته الأحكام [والحمد لله وحده] (٣).

❑❑❑

(١) في أ : الزرع .

(٢) سقط من ب .

(٣) زيادة من ب .

المسألة الثالثة عشر
في شراء الأنقاض على الهدم ، أو النخل على القلع ، والشفعة في ذلك

اعلم أن هذه المسألة تحتوي على ستة أسئلة :

أحدها : [أن] [١] يشتري النخل على القلع ، ثم يستحق الأرض أو بعضها ؟

والثاني : أن يشتري النخل [ثم] [٢] يشتري الأرض بعد ذلك ، فيستحق الأرض أو بعضها ؟

والثالث : أن يشتري الأرض [أولاً] [٣] ثم يشتري النخل ، فيستحق الأرض أو بعضها ؟

والرابع : أن يشتري النخل على القلع ، ثم يشتري الأرض ، فيستحق رجل نصف الأرض ونصف النخل ؟

والخامس : أن يشتري الأرض أولاً ، ثم يشتري النخل بعد ذلك ، فيستحق رجل نصف الأرض ونصف النخل ؟

والسادس : أن يشتري النخل خاصة على أن يقلعها ، فيستحق نصف الأرض ونصف النخل .

فالجواب عن السؤال الأول : وهو أن يشتري النخل على القلع ، ثم يستحق الرجل الأرض أو بعضها ، هل ينتقض البيع في الأنقاض أم لا ؟

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

على ثلاثة أقوال :

أحدها : أن البيع جائز في الأنقاض ، ولمستحق الأرض أن يأخذ من المبتاع النخل [بقيمتها مقلوعة] [١] ، وليس من وجه أنه شفيع ؛ إذ لا شركة له معه فيها ، ولكن من وجه أن النبي ﷺ قال : « **لا ضرر ولا ضرار** » [٢] ، فإن شاء خلَّى بينه ، وبين قلعها ، وهو قول ابن القاسم في «المدونة» .

والثاني : أن ذلك البيع لا يجوز ، ويفسخ ؛ إذ لا يدري المشتري ما يصح [له] [٣] إن كان النقيض [أو] [٤] قيمته مقلوعًا ، ويرجع النخل إلى البائع ، ولا يكون لمستحق الأرض عليها سبيل .

والثالث : التفصيل بين أن يكون البائع للنقض غاصبًا للأرض ، أو مشتريًا .

فإن كان غاصبًا : فإن المستحق يدفع إلى البائع الغاصب قيمة النخل مقلوعة ، ويأخذها إن شاء ، وينقض شراء المشتري لها ، وإن شاء أسلمها إليه فقلعها .

وإن لم يكن غاصبًا : فالمستحق بالخيار بين أن يدفع إلى البائع قيمة النخل قائمة ، وينتقض شراء المشتري ، وليس للمبتاع أن يأخذ من البائع هذه القيمة التي أخذ من المستحق ، وإنما له أن يأخذ منه الثمن الذي دفع إليه على القلع ؛ لأنها قد استُحقت من يده كمن باع سلعة بمائة ، ثم باعها من آخر بتسعين ، فأخذها المبتاع الأول : فليس للمبتاع أن يأخذ من البائع الثمن الذي أخذ من المبتاع الأول ، وإنما له أن يرجع بالثمن الذي دفع إليه؛

---

(١) في ب : بقيمته مقلوعًا .

(٢) تقدم .

(٣) سقط من ب .

(٤) سقط من أ .

[لأنّ] (١) السلعة استحقت من يده ، وهو قول سحنون [رحمه الله](٢) .

فإن قال مستحق الأرض : لا أعطيه قيمة البناء ، قيل للبائع : أعطه قيمة الأرض براحًا ، ويتم البيع للمبتاع في النخل ، ويقلعها على ما اشتراها عليه ، فإن أبى من ذلك أيضًا : كانا شريكين في النخل ، والأرض ؛ هذا بقيمة النخل قائمة ،والمستحق بقيمة الأرض بيضاء ، وينتقض [ق/ ١٨٦/ ٢ـ أ] شراء المشتري فيما صار لمستحق الأرض من الأنقاض ، ويمضى شراؤه فيما صار منها للبائع إن كان الذي صار له منها جلها ، ويرجع عليه من الثمن بقدر ما صار منها للمشتري .

وإن كان الذي صار منها للبائع غير الجل مما يكون للمشتري فيه أن يرد: فليس له أن يمسك ،وإن كان الجزء معلومًا ؛ لأن ما يصير له بالقسمة مجهول ؛ إذ لا ينقسم إلا مع الأرض على الاختلاف في هذا الأصل في غير ما موضع من المدونة .

فإن استحق المستحق بعض الأرض مثل نصفه : فإن المستحق يأخذ نصف الأنقاض ، وهو ما قابل النصف المستحق بقيمتها مقلوعًا على مذهب ابن القاسم في المدونة .

واختلف في النصف الثاني ، هل يأخذه بالشفعة أم لا ؟ على قولين :

أحدهما : أنه يأخذه بالشفعة بالثمن ، وهذا القول حكاه [الشيخ] (٣) أبو محمد عبد الحق عن شيوخه ، وهو قائم من « المدونة » من « كتاب الشفعة » من « مسألة الأنقاض » .

والثاني : أنه يأخذه بقيمته مقلوعًا على معنى دفع الضرر ، لا معنى

---

(١) في أ : فإن .

(٢) زيادة من ب .

(٣) زيادة من ب .

الأخذ بالشفعة ، وهو نص قوله في المدونة .

وينظر في النصف المستحق على مذهب سحنون المتقدم إن كان البائع غاصبًا أو مشتريًا ، بمثل ما تقدم .

والجواب عن السؤال الثاني : إذا اشترى النخل على أن يقلعها ، ثم يشتري الأرض فيستحقها رجل : فإن المبتاع يرجع على البائع بثمن الأرض الذي استحقت من يده ، ثم يكون الحكم بين مبتاع النخل ، وبين المستحق في الأنقاض على ما تقدم في السؤال الأول من قول ابن القاسم ، وسحنون، فلا نُطَوِّل بتكراره .

والجواب عن السؤال الثالث : إذا اشترى الأرض أولاً ، ثم اشترى الأنقاض ، فيستحق الأرض رجل : فإن المستحق للأرض ها هنا لا يأخذ الأنقاض على مذهب ابن القاسم إلا بقيمتها قائمة ؛ لأنه زاد في ثمن الأنقاض [ليبقيها] (١) في أرضه ،وليس هو بمنزلة من اشتراها للقلع ، كذا حكاه أبو محمد عبد الحق في كتابه ، وهو الصحيح .

وينبغي على هذا أنه إذا أبى أن يدفع إليه قيمتها قائمة أن يقال للمشتري: [أعطه] (٢) قيمة أرضه براحًا ، فإن أبى من ذلك : حملا على ما تقدم من الشركة .

وينبغي على مذهب سحنون أن ينظر ؛ فإن كان البائع غاصبًا : فللمستحق أن يدفع إليه قيمة النقض منقوضًا ،وينتقض البيع فيه بينه وبين المشتري ، فيرجع عليه بالثمن الذي دفع إليه ، فإن أبى من ذلك : مضى

(١) في أ : ليقلبها .

(٢) في أ :أعلمه .

النقد للمشتري [في] [١] شرائه ، وبقى فيه على حقه [والمستحق للأرض على حقه] [٢] فيها .

فإن لم يتفقا في ذلك على شيء يجوز بينهما : بيعت الدار ،وقسم الثمن بينهما على قدر قيمة الأنقاض وقيمة العَرْصَة براحًا .

وإن كان البائع للأنقاض مشتريًا : قيل للمتستحق : ادفع إليه قيمة الأنقاض قائمة ، فإن فعل انتقض البيع فيها .

فإن أبى من ذلك قيل للبائع : ادفع إليه قيمة البقعة براحًا ، فإن فعل : كانت له البقعة ، وللمبتاع النقض ، فإن اتفقا فيه على شيء يجوز بينهما ، وإلا بيع الجميع ، واقتسما الثمن على القيم ، وإن أبيا من ذلك : حملا على الشركة ، على ما تقدم ، وانتقض [البيع فيما صار للمستحق من النقض ومضى فيما صار فيه للبائع على ما تقدم من التفسير.

والجواب] [٣] **عن السؤال الرابع** : إذا اشترى النخل على القلع أولاً ، ثم يشتري الأرض ، فيستحق رجل نصف الأرض .

[**وعن الخامس** : إذا اشترى الأرض أولاً ، ثم اشترى النقض في صفقة أخرى ، فيستحق رجل نصف الأرض] [٤] والنخل : فقد اختلف في ذلك على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه لا شفعة في النخل ، وهو قول أشهب ، وأحد قولي ابن القاسم في « المدونة » .

والثاني : أن الشفعة فيها ، وهو القول الآخر لابن القاسم في المدونة.

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

والثالث : التفصيل بين أن يشتريها قبل الأرض : فتكون فيها الشفعة ، أو يكون اشتراها بعد الأرض : فلا شفعة فيها ، وهو اختيار ابن المواز.

فأما على القول بوجوب الشفعة في النخل : فإن المستحق يأخذ نصف الأرض ، ونصف النخل بالشفعة بنصف الثمن ، وإن شاء أخذ نصف الأرض بالشفعة ، وترك نصف النخل ، فيقلعها المبتاع في السؤال الرابع ، ويبقى على حقه فيها السؤال الخامس إذا لم يشترها على القلع ، وإن شاء أخذ النخل بالشفعة وترك الأرض .

وأما على القول بأن لا شفعة في النخل : فقد اختلف هل له أن يأخذها بالقيمة من أجل قوله عليه السلام : « **لا ضرر ولا ضرار** » (١) أم لا على قولين :

[**أحدهما**] (٢): أن ذلك له .

والثاني : أنه ليس له ذلك .

فإذا قلنا : إن ذلك له ، فإنه يأخذها بالقيمة قائمًا في المسألتين ما وقع في بعض [روايات المدونة . وعلى قياس ما حكاه أبو محمد عبد الحق لا يأخذها بالقيمة قائمة إلا في السؤال] (٣) الخامس ؛ وهو إذا اشترى الأرض قبل النخل .

والجواب عن السؤال السادس : إذا اشترى النخل خاصة على أن يقلعها، فيستحق رجل نصف النخل ، ونصف الأرض : فإن البيع ينتقض فيما بقى في يد المشتري من النخل مما لم يستحق على البائع ، ويرجع بجميع الثمن على البائع ؛ إذ لا يقدر على الوصول إلى نصف ما اشترى

---

(١) تقدم .

(٢) في أ : قيل .

(٣) سقط من أ .

إلا [بمقاسمة البائع] (١) لمستحق الأرض مع النخل [وهذا] (٢) إذا قاسمه قد يقل ما يصير له في نصيبه لجودة الأرض ، أو يكثر لرداءته ، فلا يجوز له أن يتمسك بما بقي في يد البائع منها ؛ لأن ذلك مجهول فينقض البيع كما قال ابن القاسم فيمن اشترى نصيب رجل في نخل وشريكه غائب : أن ذلك لا يجوز ؛ لأنه لا يستطيع قسمة النخل وحدها دون الأرض ، فيؤول ذلك إلى الجهل إذا قسم مع غيره ، على أن ابن القاسم قد قال في «المدونة»: إذا اشترى نقض دار على أن يقلعه ثم أتى رجل ، فاستحق نصف الدار أن له أن يرد ما بقي في يده من النقض بما لم يستحق على البائع ، وظاهر قوله : أن له التخيير ، وأن له أن يمسك ، وهو كلام فيه نظر ؛ إلا أن يكون معنى ما تكلم عليه ابن القاسم أن الأرض والنقض متساويين لا يختلفان في القسم ، وإنما يصير له فيه النصف حقيقة ، وهو معنى قول سحنون في هذه المسألة أنها تجوز في حال ، ولا تجوز في حال ، وجواب ابن القاسم فيها في « المدونة » على القول بأنه لا شفعة في النقض؛ ولذلك قال : يتخير المبتاع ، ولو تكلم فيها على القول بوجوب الشفعة في النقض لبدأ بتخيير الشفيع قبل تخيير المبتاع على المعلوم من مذهبه في ذلك خلاف قول أشهب ، وسحنون [والحمد لله وحده] (٣) .

❑❑❑

(١) في ب : بمقاسمته على البائع .

(٢) في أ : وهو .

(٣) زيادة من ب .

المسألة الرابعة عشر
فيما يباع على خيار

ولا شفعة في بيع الخيار حتى يختار إمضاء البيع من له الخيار من بائع، أو [مبتاع] [١] أو غيرهما، فإن باع أحد الشريكين على خيار، وباع الآخر بيع بتل.

ولا يخلو من له الخيار في بيع الخيار من وجهين:

إما أن يختار رد البيع، أو يختار الإمضاء.

فإن اختار الرد: فالشفعة لبائع الخيار قولاً واحدًا.

فإن اختار إمضاء البيع، فلمن تكون الشفعة ؟

فالمذهب على أربعة أقوال كلها قائمة من المدونة:

أحدها: أن الشفعة لمشتري الخيار على مشتري البتل، وهو قول ابن القاسم في الكتاب.

والثاني: أن الشفعة لبائع البتل على مشتري الخيار، وهذا القول قائم من المدونة على ما نصف.

والثالث: أن الشفعة لمشتري البتل على مشتري الخيار، وهذا القول أيضًا متأول على المدونة.

والرابع: أن الشفعة لبائع الخيار على مشتري البتل، وهو قول عبد الملك، وأشهب في « الواضحة » وغيرها.

وسبب الخلاف: اختلافهم في بيع الخيار، هل هو منعقد من مبدئه،

---

(١) في ب: مشتري.

ومنشئه ،أو منعقد من حينه ووقته ؛ فمن رأى أنه [منعقد من مبدئه ومنشئه: قال بوجوب الشفعة إما لمشتري الخيار على قول ابن القاسم ؛ لأنه إذا اختار الشراء كان البيع لم يزل][١] منعقدًا ،والمشتري على البت قد اشترى بعد [دفع] [٢] ذلك ، فوجب عليه الشفعة للمشتري على خيار ، وإما لبائع البتل على قول ؛ لأنا إذا قدرنا أن بيع الخيار [منعقد] [٣] من مبدئه ومنشئه : فقد باع بيع بتل بعد أن وجبت له الشفعة ؛ لأنه يتبين [بالآخرة] [٤] أن بيع الخيار منعقد [قبله] [٥].

و[هذا] [٦] يتخرج على أحد قولي المذهب أن الشفيع إذا باع الشقص الذي به يستشفع بعد وجوب الشفعة [فإن ذلك لا [. . . .] [٧] الأخذ بالشفعة وهو أحد قولي مالك في العتبية ، وقد اختلف قوله في ذلك إذا باع الشقص الذي به يستشفع بعد وجوب الشفعة] [٨] على قولين : فمرة يقول : إنه لا شفعة [له] [٩] ؛ لأن المعنى الذي لأجله شرعت قد زال ، وهو ما يدخل عليه من تضييق الواسع ، وخراب العامر ، وبه أخذ أحمد [ق/١٩٦ب] بن المعدل .

ومرة يقول : إن له الشفعة ؛ لأنه أمر قد وجب [له] [١٠] فلا يسقطه

---

(١) سقط من ب .
(٢) سقط من ب .
(٣) سقط من أ .
(٤) في ب : بالأثرة .
(٥) سقط من ب .
(٦) سقط من أ .
(٧) قدر كلمة غير واضح .
(٨) سقط من أ .
(٩) سقط من أ .
(١٠) سقط من أ .

بيعه لسهمه ، وبه أخذ ابن المواز ، والأول مذهب المدونة .

وهكذا اختلف [بعض] (١) أصحابه إذا باع بعض سهمه على قولين:

أحدهما : أنه لا شفعة له مع الشريك بما بقي له ؛ لأنه باع راغبًا في البيع ، وإنما الشفعة [في] (٢) الضرر ، وهو قول أشهب في« المجموعة ».

والثاني : أن له الشفعة بما يبقى له من سهمه ، وهو قول أحمد بن المعدل.

ومن رأى أنه غير منعقد ، وأنه إنما انعقد من حينه ،ووقته : قال بوجوب الشفعة إما للبائع بالخيار على قول من يقول : إن بيعه للشقص الذي يستشفع لا يُسْقِطُ شفعته ؛ لأنه باع بعد أن وجبت له الشفعة ، وهو نص قول ابن الماجشون في « الموازية » وغيرها .

وإما لمشتري البتل على القول بأن ما يجب للبائع قد انتقل إلى المشتري، وأن المشتري يتنزل في الأخذ [بالشفعة] (٣) منزلة الشفيع البائع ، وهو اختيار ابن لبابة ،وابن الحباب من فقهاء الأندلس ـ وعليه تأول ابن لبابة رواية ابن القاسم في « الكتاب » في أنه لا يجوز أن يبيع الرجل شفعة قد وجبت له ،ولا يهبها ، فقال : معناه : من غير المبتاع ؛ فجعل المشتري من الشفيع كالوارث ، وقد قال في « الكتاب » :إن الشفعة تورث عن الميت ، والوارث بمنزلة الموروث في الحق الذي كان له من الأخذ والترك [ق/ ١٨٧/ ٢ـأ] وسواء مات الموروث ،والشقص الذي يستشفع به بيده فورثه عنه ، أو مات بعد بيع الشقص ، على القول بأن البيع لا يسقط الشفعة ، فكان ينبغي أن منزلة المشتري منزل الشفيع ، فافهم هذا التنزيل

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : من .

(٣) في أ : في الشفعة .

الذي نزلنـا عليه هذه المسألة ؛ فـقد جعلنا بائـع البتل كالمشتري عـلى خيار وجعلنا مشتـري البتل كبائع الخيار ، فإذا أمعنت الـنظر [في المسألة] (١) تبيَّن لك المعنى الموجب لذلك إن شاء الله ، والحمد لله وحده .

❑❑❑

(١) سقط من أ .

المسألة الخامسة عشر

في الشفعة في هبة الثواب

وإذا وهبت شقصًا على ثواب : فلا يـخلو من أن يسمى ثوابًا ، أو لم يسم .

فإن سمى ثوابًا : فهل للشفيع أن يأخذ بالشفعة قبل أن يثاب الواهب أم لا ؟ على قولين قائمين من « المدونة » :

أحدهما : أنه إذا سمى الثواب : فله أن يأخذ بالشفعة ، وهو قوله في كتاب [الشفعة .

والثاني : أنه لا يأخذ بالشفعة حتى يثاب ، وهو قوله في « كتاب] [1] الهبات» من « المدونة » .

فإن لم يُسَم ثوابًا : فلا شفعة في ذلك إلا بعد الثواب ، ولا خلاف في ذلك .

ثم لا تخلو الهبة من أن تكون قائمة أو فائتة .

فإن كانت قائمة : فلا يخلو الموهوب له مـن أن يثيبه بمثل قيمة الهبة ، [أو أكثر ، فإن أثابه بمثـل قيمة الهبة] [2] هل يلزم الواهب قبول الثواب أم لا ؟

فالمذهب على قولين قائمين من « المدونة » :

أحدهما : أنه لا يلزمه القبول إلا أن يشاء ؛ لأن الناس إنما يهبون على

(١) سقط من ب .

(٢) سقط من أ .

أن يعوضوا [أكثر] [١] وهو قوله في« كتاب الهبات » .

والثاني : [أنه] [٢] يلزمه القبول مهما عوضه مثل قيمة الهبة ،وهو [نص] [٣] قول ابن القاسم في « كتاب الشفعة » ؛ حيث قال : فإن عوضه مثل قيمة الهبة لزم الواهب ، وإن أثابه أقل لم يلزمه إلا أن يشاء ،وله أن يأخذ هبته .

فإذا أثابه مثل قيمة الهبة : فلا خلاف في المذهب أن للشفيع أن يأخذ الشفعة بقيمة [العوض][٤] .

واختلف إذا أثابه بأكثر من قيمتها ، هل يسقط الزائد عن الشفيع أم لا؟ فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنه يستشفع بجميع ما أثابه ، وهو قول ابن القاسم في «المدونة » ،ووافقه على ذلك أشهب .

والثاني : [أنه] [٥] يستشفع بالأقل مما دفع من الثواب أو من قيمة الشقص ، ولا يستشفع بالزائد ؛ لأن الموهوب له قد تطوع بدفعه على القول بأنه إذا عوضه القيمة [لم] [٦] يلزم الواهب القبول .

وهذا ينبني على الخلاف الذي قدمناه في الواهب ، هل يجبر على قبول العووض إذا عوضه مثل القيمة أم لا .

فأما إذا عوضه بعد فوات الهبة أكثر من قيمة الهبة ، فهل يستشفع

---

(١) سقط من أ .
(٢) سقط من ب .
(٣) سقط من أ .
(٤) سقط من أ .
(٥) سقط من ب.
(٦) سقط من أ .

[الشفيع] (١) بجيمع القيمة أم لا ؟ على قولين :

أحدهما : أنه يستشفع بجميع ما أثابه به ، وهو قول ابن القاسم ؛ إذ لا فرق عنده بين قيام الهبة وفواتها .

والثاني : أنه يستشفع بالأقل مما دفع من الثواب ، أو من قيمة الهبة ، وهو قول أشهب ؛ لأن الزائد على القيمة كالهبة ، إلا أنه يلزم أشهب أن يقول مثل ذلك [إذا كان ذلك] (٢) قبل الفوات [والحمد لله وحده](٣).

❑❑❑

---

(١) سقط من ب.

(٢) سقط من أ .

(٣) زيادة من ب .

المسألة السادسة عشر
في الشفعة فيما ناكح به ، أو خالع ، أو صالح عليه من دم عمد ، أو أخذ من دم خطأ

فأما ما ناكح به من شقص في دار ، أو في أرض ، فقد اختلف بماذا يستشفع به الشفيع إذا طلب الأخذ بالشفعة ، على قولين :

أحدهما : أنه يستشفع بقيمة الشقص ، وهو قول ابن القاسم في «الكتاب» .

والثاني : أنه يستشفع بصداق المثل ، وهو قول عبد الملك ، وهو قائم من « المدونة » من مسألة : الكراء فيما إذا اكترى إبلاً إلى مكة بشقص من دار ؛ حيث قال : فللشفيع الأخذ بالشفعة بمثل كراء الإبل إلى مكة ، ولم يقل يستشفع بقيمة الشقص ، وصداق المثل ككراء المثل في النظر والاجتهاد .

وأما ما خولع به : فإن فيه الشفعة بقيمة الشقص ، قولاً واحدًا ؛ إذ لا قدرة على أكثر من ذلك ؛ إذ ليس هناك عوض متقدر له قيمة كما عمل في النكاح ، والكراء .

وأما ما أخذه صلحًا [عن] [1] دم : فلا يخلو من وجهين :

إما أن يكون ذلك عن [دم] [2] عمد ، أو عن خطأ .

فإن كان ذلك عن دم عمد : فإن الشفيع يأخذ الشقص بقيمته ؛ لأن دم العمد لا عوض له أصلاً إلا ما وقع عليه الاصطلاح .

---

(١) في أ : من .
(٢) سقط من أ .

وأما ما أخذ صلحًا عن دم الخطأ : فلا يخلو القاتل من وجهين : إما أن يصالح عن جميع الدِّية على شقص ،ولا يرجع بذلك على العاقلة [وإما أن يصالح على أن يرجع عليهم .

فإن صالح عن جميع الدِّية على ألا يرجع بذلك على العاقلة] [١] ، فإن ذلك جائز جملة بلا تفصيل بين أن يكونوا أهل إبل ، أو أهل ذهب.

فإن أراد الشفيع أن يستشفع ، فلا تخلو العاقلة من أن يكونوا أهل إبل، أو ذهب ، أو ورِق.

فإن كانوا أهل إبل : فاختلف بماذا يستشفع على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه بقيمة الإبل ؛ معناه تُقَوَّم الآن بالنقد على أن تقبض إلى آجالها في [الذمة] [٢] ثم يأخذ الشفيع إن شاء ، وينقد القيمة في الحال ، وهو تأويل سحنون على « المدونة » في « كتاب ابن عبدوس » ، وهو مذهب عبد الملك فيما بيع بثمن مؤجل ، وقد قدمناه قبل هذا .

والثاني : أن الإبل تقوم على آجالها كما قال في الكتاب ، ومتى حلت سنة قومت فيها الإبل نقدًا حنيئذ قبضت تلك القيمة في الحال هكذا إلى آخر سنة ، وهذا تأويل بعضهم على المدونة ، واعترض سحنون وغيره ـ رحمة الله عليهما ـ وقالا : هذا من بيع الدين بالدين .

والثالث : أن الشفيع يستشفع بمثل الإبل على آجالها لا بقيمتها ؛ لأنها أسنان معلومة موصوفة ، وهذا القول أيضًا حكي عن سحنون ، ويحيى بن عمر ، على ما حكاه القاضي أبو الفضل .

ولا يصح أن تُقَوَّمُ الإبل إلا على أن تؤخذ القيمة على آجالها ؛ لأن

---

(١) سقط من ب .

(٢) في أ : الدية .

ذلك دَيْن بِدَيْن .

[فأما إن] [١] كانوا أهل ذهب وفضة ، هل يستشفع الشفيع بعددها ، أو بقيمتها؟

فالمذهب على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه يستشفع بمقدار الدِّية [في] [٢] عددها من غير اعتبار بقيمتها ؛ إذ لا قيمة في العين ، وهو قول ابن القاسم .

والثاني : أن الدِّية تُقَوَّم بالعروض نقدًا على أن تقبض إلى آجالها ،ثم يستشفع الشفيع بالعرض الذي قُوِّمَت [به] [٣] ، وهو قول عبد الملك .

والثالث : أن الدِّية تُقَوَّم بالعرض ، ثم يُقَوَّم العرض بالعين وبه يستشفع، وهو قول سحنون .

وعلى القول بأنه يستشفع بمقدار الدِّية في عددها ـ وهو مذهب «المدونة» ـ فإنها تقطع على الشفيع نجومًا كما تقطع على العاقلة ؛ إن كانت الدِّية كاملة ففي ثلاث سنين ،والثلثان في سنتين ، والثلث في سنة ، والنصف يجتهد فيه الإمام ؛ إن رأى أن يجعله في سنتين ، أو في سنة ونصف فعل .

وقال ابن القاسم : يؤخر بالنصف عامين .

وقال أشهب : يؤدي الثلث في أول السنة ، والسدس في الثانية ، وقال سحنون : ولا يجوز أن يأخذ في الشقص شقصًا ، ولا غيره حتى تمضي فيه قضية من حاكم يقطعها على العاقلة في سنتين أو غير ذلك ؛ لأن ذلك

---

(١) في أ : فإن .

(٢) في أ : على .

(٣) سقط من أ.

إلى اجتهاد الحاكم ، فهو مجهول فلا يباع حتى يعرف بالحكم .

فأما إذا صالح على أن يرجع بذلك علــى العاقلة : فلا يخلو ما صالح به من أن يكون مما يرجع إلى القيمة ،أو مما يرجع إلى المثل .

فإن كان ممـا يرجع إلى القيـمة : فذلك جائـز ، ويرجع على العـاقلة بالأقل مما صـالح به ،أو مما عليهـم ، وهو قول ابن القاسـم ، فإن كان مما يرجع إلى المثل حيث هم مجبورون علـيه : فالمذهب على قولين منصوصين عن مالك ، وقد قدمناهما في مصالحة الكفيل [والحمد لله وحده] [١] .

❐❐❐

(١) زيادة من ب .

المسألة السابعة عشر
في الموضحتين

إذا شجه في الموضحتين ، واحدة عمدًا ، والأخرى خطأ ، فصالحه من ذلك على شقص من دار ، فبماذا يستشفع ؟

فقد اختلف المذهب في ذلك على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه يستشفع بخمسين دينارًا ، دية موضحة الخطأ ،وبنصف قيمة الشقص ، وهو قول ابن القاسم .

والثاني : أن الشقص يقوم ؛ فإن كانت قيمته مائة : حمل عليه موضحة الخطأ ؛ وذلك خمسون دينارًا ، فصار للعمد ثلثا الشقص ، فيستشفع بخمسين دينارًا ، وبثلثي قيمة الشقص ؛ وهي ستة وستون دينارًا وثلثا دينار، وكذلك الحكم فيما قلَّ من الأجراء أو أكثر، وهو قول المخزومي في « الكتاب » .

والثالث : أنه ينظر إلى قيمة الشقص ، فإن كانت خمسين فأقل : أخذه بخمسين ؛ دية موضحة الخطأ ، فإن كانت قيمته ستين دينارًا : أخذه بخمسين دينارًا ، وسدس قيمة الشقص ، وهو مذهب ابن نافع .

ووجه قول ابن القاسم : أن الشقص يفض على الموضحتين جميعًا لتساويهما ، فوجب أن يكون نصفه للخطأ بخمسين ، ونصفه للعمد بقيمته؛ إذ العمد ليس فيه دِيَة مقدرة إلا ما اصطلحوا عليه ، فجعل أن المعلوم والمجهول إذا اشتركا في الشيء ، فإن ذلك ينقسم بينهما أنصافًا ، إلا أن ابن القاسم ناقض أصله في هذا في اختلافهما في أصل الشركة ، وفي المسألة الواقعة في أول « كتاب النكاح الثاني » : إذا تزوجها بعبد على

أن أعطته دارًا أو مالاً ؛ حيث قال : لا يجوز [النكاح] [١] ويفسخ قبل البناء ، ويثبت بعده ، ويكون لها صداق المثل ، فكأن الشقص عند ابن القاسم مأخوذ عن الجملة ، ونظر إلى قدر الديات لو كانت قد صُولح عنها، فجعل ذلك [كله] [٢] كالمعدوم ؛ إلا أنه لا يأخذ ما قابل العمد إلا بالقيمة .

ويجب على قول ابن القاسم لو أخذ شقصًا [من] [٣] موضحة [ق/ ١٨٨/ ٢ـ أ] خطأ ، ونفس عمد أن يأخذ الشقص بخمسين دينارًا موضحة الخطأ ، وبقيمة عشرين جزءًا من الشقص من أحد وعشرين جزءًا؛ وذلك أنك تقسم ألف دينار ، فتجعلها خمسين خمسين ، فذلك عشرون جزءًا من الشقص ، ثم تضيف إليها موضحة الخطأ ، وذلك خمسون ، فجميع ذلك أحد وعشرون ، فموضحة الخطأ جزء من أحد وعشرين ، لها خمسون دينارًا أو بقيت الأجزاء بالقيمة ؛ لأنها عن عمد .

ووجه قول المخزومي : أن الشقص كله للعمد إلا ما نقص منه لموضحة الخطأ ؛ لأن العمد لو انفرد به لاستغرقه جميعًا ،والخطأ لو انفرد به لم يكن إلا قيمة دينه خمسون دينارًا ، فشُبهة العمد في المجهولات في الوصايا التي يكون لها الثلث كلها ، وإن كان معها [ق/ ١٩٧ب] من الوصايا المفسرات ضرب للمجهولات معها بجميع الثلث ؛ لأنها لو انفردت بها لاستوعبتها كلها ؛ كمن أوصى بوقيد المسجد على الدوام ، أو بإطعام رغيف خبز كل يوم على الدوام ، وما أشبه ذلك .

ووجه قول ابن نافع : أن الشقص كله للخطأ ، ولا يكون للعمد منه

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) في أ : عن

إلا [مـا زاد] [١] على دية الخطأ ، على ضـد قول المخزومي ، فإن كانت قيمة الـشقص خمسين ديـناراً فأقل : أخذه الشفـيع بخمسين ديـة موضحة الخطأ، وإن كان العمد عنده لم يأخذ منه شيئًا .

فإن كانت قـيمته أكثر من خمـسين ديناراً : كان الزائد هـو المأخوذ عن موضحة العمد قليلاً كان أو كثيراً .

ومذهب عـبد الملك في ذلك أقـرب إلى الصواب على أصـول المذهب [والحمد لله وحده][٢].

❑❑❑

(١) سقط من أ .

(٢) زيادة من ب .

المسألة الثامنة عشر
فيمن غصب عبداً ودنانير فاشترى بها شقصاً

فلا يخلو العبد من أن يكون قائمًا أو فائتًا .

فإن كان قائمًا : فلا شفعة الشفيع ؛ لأن لربِّه أخذه ، فإذا أخذه فسخ البيع .

فإن كانت فائتًا : فلا يخلو فواته من أن يكون فوات عين ، أو فوات عيب ؛ فإن فات فوات عين ، فأراد الشفيع الأخذ بالشفعة ؛ إما على القول أن الأخذ بالشفعة [طريقه] [١] طريق الاستحقاق : فله الأخذ بالشفعة قولاً واحدًا ، وإما على القول بأن طريقها طريق البيع : فإن جواز الأخذ بالشفعة يتخرج على شراء السلعة إذا اشتريت بمال حرام ؛ فمن جوز شراءها : جوز للشفيع الأخذ بالشفعة في مسألتنا ، وهو نص قول ابن القاسم في آخر « كتاب الشفعة » : أن له الأخذ بالشفعة ، ومنه يؤخذ جواز شراء السلعة بثمن حرام ، وبه قال محمد بن سحنون ، وابن عبدوس، وغيرهما .

ومن كره شراءها : كره له الأخذ بالشفعة ، وهو مذهب سحنون وغيره [في] [٢] شراء تلك السلعة .

فإن كان فواته فوات عيب ، هل للشفيع الأخذ بالشفعة أم لا ؟

فإنه يتخرج على قولين متأولين على الكتاب .

أحدهما : أنه يأخذ بالشفعة، وهو ظاهر قوله في الكتاب، حيث قال:

---

(١) في أ : طريقها .

(٢) في أ : و

إذا فات فواتًا يوجب على الغاصب قيمتـه ، فللشفيع [الأخذ والقيمة تجب عليه بتغيره في ذاته .

والثـاني : أنه لا شفعة فيه للشفيع] [١] لقدرة المستحـق على أخذ عين العبد .

[وهــو] [٢] تأويل الشيـخ أبي إسحاق التونسي : فإذا أوجبـت القيمة للمسـتحق ، هل يأخذ قـيمة عبده يوم غـصب ، أو قيمته يـوم اشترى به الشقص؟

فالخيار فـي ذلك للمستحق إن شـاء أخذ قيمته يوم غـصبه ، وإن شاء قيمـته يوم اشتـرى به الشقص ، ولا سـبيل له إلى أخـذ الشقص المـشترى بعبده؛ لأنه يؤخذ منه بالشفعة لو أخذه .

إلا أن الغاصب قد أخذ عن الشقص قيمة العبد يوم اشترى به الشقص، فكان لصاحـب العبد [أخذ] [٣] تلك القيمة التـي أخذها الغاصب عوضًا عن عوض العبد ، فصار المستحق مخيرًا في القيمة .

وأما الدنانـير والدراهم [إذا غصبها فـاشترى بها ، فإن للشـفيع الأخذ بالشفعة على الحال كانت الدنانير أو الدراهم] [٤] قائمة بيد البائع [أو فائتة غير أن المغصوب منه إذا وجد دنانيره أو دراهمه بعينها قائمة بيد البائع] [٥] وأقام [عـليـها] [٦] بينة أخذها ، ويـرجع على المبتاع بمثلهـا ، والبيع تام بينهما ، وهـو نص قوله في « المدونة » ، وقد جعل أن الـدنانير والدراهم

---

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : وعلى .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من أ .

(٦) في ب : عليه .

مما يشهد على عينها ، وهو قوله في كتاب الغصب من المدونة أيضًا ، إلا أنه قال هناك : « أقام عليه بينة لم تفارقه حين قبضها » ، وهو معنى قوله في هذه المسألة أيضًا .

تم الكتاب ، والله الموفق للصواب ، والحمد لله وحده .

❑❑❑

كتاب القسمة



كتاب القسمة

تحصيل مشكلات هذا الكتاب ، وجملتها أربع عشرة مسألة .

المسألة الأولى

في تقاسيم أنواع القسمة ،

وفي الحكم فيها إذا دعى [لها] (١) بعض الأشراك

والحكم بقسمة ما ينقسم إذا دعى [إلى] (٢) ذلك بعض الأشراك واجب ، وبيع ما لا ينقسم وقسم ثمنه بينهما إذا دعى إلى الانفصال في ذلك بعضهم : لازم لا اختلاف بين أهل العلم في هذه الجملة ، وإنما اختلفوا عند تفصيلها في تعيين ما ينقسم مما لا ينقسم ، و[في] (٣) صفة القسم فيما ينقسم ، على ما سنبينه إن شاء الله تعالى ، فنقول : القسمة تكون في شيئين :

أحدهما : رقاب الأموال .

والثاني : منافعها .

فأما قسمة الرقاب : فإنها تكون على ثلاثة أوجه : قسمة قرعة بعد تقويم وتعديل ، وقسمة مراضاة بعد تقويم وتعديل ، وقسمة مراضاة بغير تقويم ولا تعديل .

ولكل وجه من هذه الوجه الثلاثة أحكام يختص بها دون ما سواها .

فأما قسمة القُرعة بعد التعديل والتقويم : فهي القسمة التي يوجبها

(١) في ب : إليها .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من ب .

الحكم، ويجبر عليها مَنْ أباها فيما ينقسم ، ولا يصح إلا فيما تماثل أو تجانس من الأصول ،والحيوان ، والعروض لا فيما اختلف وتباين من ذلك، ولا شيء من المكيل ، والموزون ، ولا يجمع فيها [حظين أعني][(١)] حظ اثنين في القسم ، ويجب القيام فيها بالغبن إذا ثبت ؛ لأن كل واحد منهم دخل على قيمة مقدرة ودرع معلومة ، فإذا وجد نقصًا من ذلك وجب له الرجوع به .

وأما قسمة المراضاة بعد التقويم والتعديل : فتصح في الجنس الواحد ، وفي الأجناس المختلفة المتباينة ، وفي المكيل والموزون ، إلا ما كان منه صنفًا واحدًا مدخرًا لا يجوز فيه التفاضل ، وهذه المسألة أيضًا متى ظهر فيها غبن في درع، أو قيمة كان للمغبون الرجوع بذلك ، للعلة التي قدمناها.

وكذلك الحكم في قسمة المراضاة والمهاباة بغير تعديل ، ولا تقويم تجوز في الجنس الواحد ، وفي الأجناس المختلفة ، وفي المكيل كله ، والموزون ، إلا فيما يجوز فيه التفاضيل من الطعام ، إلا أنه لا قيام فيها بالغبن لواحد منهم على صاحبه ؛ لأنه لم يأخذ ما أخذ بعينه على أن يخرج فيما سواه من جميع حقه ، سواء كان أقل منه أو أكثر كبيع المكايسة سواء .

وهذا القسمة على الوجهين الأولين اختلف فيها ، هل هي تمييز حق ، أو بيع من البيوع ؟

فنص مالك في المدونة على أنها بيع من البيوع ، وذهب سحنون إلى أنها تمييز حق ، واضطرب قول ابن القاسم في ذلك على ما تقتضيه مسائله في المدونة وغيرها .

ووجه قول من قال : إنها تمييز حق : أنها غير موقوفة على اختيار

---

(١) سقط من أ .

المتقاسمين ؛ بل قد تجوز فيها المخاطرة بالقرعة ، وذلك ينافي البيع ، فثبت أنها تمييز حق .

ووجه قول من قال : [إنها] (١) بيع من البيوع هو أن كل واحد من المتقاسمين عاوض صاحبه حصته بحصته ، فملك حصة صاحبه من الجزء الذي [صار إليه بحصته عن الجزء الذي] (٢) خرج عنه ، وهذه معاوضة محضة ، والمعاوضة مبايعة .

والأظهر في قسمة القرعة أنها تمييز حق ، وفي قسمة المراضاة بعد التقويم والتعديل : أنها بيع من البيوع .

وأما قسمة المراضاة بغير تعديل ولا تقويم : فلا خلاف أنها بيع من البيوع في جميع الأحكام كما ذكرناه .

فأما قسمة المنافع : فإنها لا تجوز بالشبهة على مذهب ابن القاسم ، ولا يجبر عليها من أباها ، ولا تكون إلا على المراضاة والمهاياة ، وهي على وجهين :

أحدهما : أن [يتهاينا] (٣) بالأزمان .

والثاني : أن [يتهاينا] (٤) بالأعيان .

فأما التهاين بالأزمان : وهو أن يتفقا على أن يستغل أحدهما العبد ، أو الدابة ، أو يستخدم العبد ، أو يركب الدابة ، أو يسكن الدار ، أو يحرث الأرض مدة من الزمان ، والآخر مثلها أو أقل أو أكثر : فهذا يفترق فيه

---

(١) في أ : أنه .
(٢) سقط من أ .
(٣) في أ : يتهايا .
(٤) في أ : يتهايا .

الاستغلال والاستخدام في العبد والركوب [في الدابة] [١] والسكنى في الدار ، والإزراع في الأرض .

وأما التهاين على الاغتلال : فلا يجوز في المدة الكثيرة باتفاق، واختلف في المدة اليسيرة كاليوم ونحوه على قولين :

أحدهما : جواز ذلك في اليوم الواحد ، وهو قول مالك في « كتاب محمد» .

والثاني : أنه لا يجوز [ذلك] [٢] في العبد والدابة ، وإن كان ذلك يومًا واحدًا ، وهو قول محمد في كتابه أيضًا .

وأما التهاين في الاستخدام : فاتفقوا على أن ذلك لا يجوز في المدة الكثيرة ، واتفقوا على جوازها في الأيام اليسيرة ، إلا أنهم اختلفوا في حدها على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه يجوز في مثل الخمسة أيام فأقل لا أكثر .

والثاني : أنه يجوز في الشهر ، وهي رواية ابن القاسم عن مالك في «المجموعة » .

والثالث : أنه يجوز في أكثر من الشهر ، وهو قول ابن القاسم .

وأما التهاين في الدُّور والأرضين : فيجوز فيها الشؤون المعلومة ، والأجل البعيد ككرائها ، قاله ابن القاسم في« المجموعة » ، ووجه ذلك : أنها مأمونة ، إلا أن التهاين إذا كان في أرض الزراعة ، فلا يجوز إلا أن تكون مأمونة مما يجوز فيه النقد .

وأما التهاين في الأعيان بأن يستخدم هذا عبدًا ، وهذا عبدًا ، أو يسكن

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

هذا دارًا ، وهذا دارًا ، أو يزرع هذا أرضًا ، وهذا أرضًا : ففي «المجموعة» عن ابن القاسم أن هذا يجوز في سكنى الدار ، وزراعة الأرض ، ولا يجوز في الغلة ، والكراء، ولا على قياس التهاين بالأزمان [ق/ ١٨٩/ ٢ـأ] فيسهل في اليوم الواحد ، على أحد قولي مالك ، ولا يجوز في أكثر من ذلك باتفاق ؛ لأنه غرر ومخاطرة .

وكذلك استخدام العبد ، والدواب يجري على الخلاف المتقدم في التهاين بالأزمان .

وقسمة المهاناة ـ تُقَال بالنون ـ لأن كل واحد منهما [هنأ صاحبه ما أراده. ويقال بالباء أيضًا ؛ لأن كل واحد منهما] (١) وهب لصاحبه الاستمتاع بحقه في ذلك الشيء مدة معلومة ، ويقال : بالياء تحته ثنتين ؛ لأن كل واحد منهما هيأ لصاحبه ما [طلب] (٢) منه [والحمد لله وحده](٣) .

❑❑❑

(١) سقط ن أ .

(٢) في أ : طاب .

(٣) زيادة من ب .

المسألة الثانية
إذا اقتسما دارًا على أن رقبة الطريق لأحدهما، وللآخر فيه الممر، واقتسما على أن يأخذ أحدهما الغرف، والآخر السفل

وأما اقتسام [الدار] [١] فأخذ هذا طائفة ، وهذا طائفة على أن لأحدهما رقبة الطريقة ، وللآخر فيه الممر : فلا يخلو من أن تكون قسمتها على المراضاة ، أو بالسهمة ، فإن اقتسما على المراضاة : جازت القسمة ، قولاً واحدًا .

وإن اقتسما بالسهم ، فهل يجوز ذلك أم لا ؟

فالمذهب على قولين متأولين على المدونة :

أحدهما : أنها لا تجوز إلا على المراضاة ، وهو قول سحنون ، وعليه حمل جواب ابن القاسم في « الكتاب » حيث أطلق الجواز .

والثاني : أنها جائزة بالقرعة والمراضاة ، وهذا تأويل أبي عمران الفاسي [رحمه الله] [٢].

ووجه قول سحنون أنها على المراضاة لا بالقرعة : لما يجب قبل القسمة من إخراج الطريق ، ورفعها من الوسط فعند ذلك يقسمون ما بقى من سائر [الدار][٣].

---

(١) في أ : الطريق .

(٢) زيادة من ب .

(٣) في أ : الدواب .

ووجه قول أبي عمران : أنه قد لا يحتاج إلى إخراج الطريق [في] [(١)] قسمة كل دار لإحاطة الطريق ببعضها ، فحيث يخرج نصيبه يخرج بابه لما يليه من المحجة ، وقد يضطرون إلى خروجهم النصيبين على باب الدّار نفسها ، ولا يقسم الباب ، فتقوم رقبته في أحد النصيبين على أن الممر للآخر ،وكذلك قسمة [العُلوي] [(٢)] والسُّفلي أطلق ابن القاسم جوازهما في « الكتاب » ولم يبين هل ذلك بالقرعة أو بالتراضي ؛ فأما قسمتها بالتراضي : فإنها جائزة ، قولاً واحدًا ، وأما بالقرعة : فعلى قولين :

أحدهما : الجواز ، وهو مذهب أكثر الأصحاب ، وهو ظاهر قول ابن القاسم في « المدونة » ، وتباين الأغراض فيما بين العلوي والسفلي أهون وأخف من تباينهما فيما بين الجيد والرديء ، وقد جوزه ابن القاسم في الأرض .

والثاني : المنع ، وهو قول عبد الملك بن الماجشون ، ومثله في « كتاب ابن شعبان » كجمع السلعتين المختلفتين في القسم [ق/١٩٨ب] ؛ إذ لا حاجة للعُلوي في السُّفلي ،وإنما هو مرتفق كالساحة مع البيوت .

❑❑❑

(١) في أ : و.
(٢) في ب : العلي.

المسألة الثالثة
في قسمة الرِّباع والعقار،
وما يجمع منها في القسم وما لا يجمع

واتفق أهل العلم على جواز قسمتها بالتراضي وبالقرعة إذا عدلت بالقيمة ، واتفقوا على ذلك اتفاقًا مجملاً .

واتفقوا أيضًا أنه لا يجمع في قسمة القرعة الدور مع الحوائط ،ولا الحوائط مع الأرضين ، ولا الدور مع [الأرضين . وإنما يقسم كل شيء من ذلك على حدة ،ويضم بعضها إلى بعض على شروط نصفها إن شاء الله تعالى بعد] [١] تقسيم وتفصيل في أنواع التركة وأجناسها ، فنقول : لا تخلو التركة من ثمانية أوجه :

أحدها : أن تكون دورًا ، أو دارًا .

والثاني : أن تكون أرضًا ، أو أرضين .

والثالث : أن تكون جنة ، أو بساتين .

والرابع : أن تكون حيوانًا .

والخامس : أن تكون عروضًا .

والسادس : أن تكون مكيلاً أو موزونًا .

[**والسابع** : أن تكون مكيلاً أو موزونًا من النقدين] [٢] .

والثامن : أن تكون التركة اشتملت على جميع ذلك .

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ .

فالجواب عن الوجه الأول : إذا كانت التركة دورًا : فلا تخلو من ثلاثة أوجه :

أحدها : أن يتباعد موضعها ، ويختلف فيها في الرغبة والتشاحح .

والثاني : أن تتقارب مواضعها ، وتتفق فيها الرغبة والنفاق .

والثالث : أن تتباعد مع [اتحاد] [١] الرغبة [أو تتقارب مع اختلاف الرغبة][٢].

فإن تباعدت المواضع ، واختلفت فيه الرغبة والنفاق : فلا تجمع في القسم ، قولاً واحدًا ، وتُقَسَّم كل دار على حِدَة ؛ لأن جمعها في القسم مع تباعدها وتباينها في الرغبة خطر ، وذلك محظور في القسمة ؛ لأن القسمة في نفسها خطر إذا وقعت على ما هو معتدل متساوٍ ، فكيف إذا وقعت على ما هو مختلف متباين ، وهذا كله في قسمة القُرعة .

وأما قسمة التراضي : فتجوز ؛ إذ لا غرر فيه .

فإن تقاربت المواضع ، وتساوت فيه الرغبة والتشاحح : فلا تخلو من أن تكون كلها جديدة ، أو كلها قديمة ، أو بعضها جديد ، وبعضها رثيث.

فإن كانت كلها جديدة ، أو كلها قديمة : فلا خلاف في المذهب أنها تجمع في القسمة .

فإن كان بعضها جديد ، وبعضها رثيث ، فهل تجمع في القسم أم لا ؟ فإنه يتخرج على قولين :

أحدهما : أنه يجمع بينهما في القسم ، وإن كان بينهما تفاوت يسير ؛ مثل أن تكون قيمة أحدهما مائة ، والأخرى تسعون، فلا بأس أن يقترعا

---

(١) سقط من ب .

(٢) سقط من أ .

على أن مـن صارت إليه التـي قيمتهـا مائة أعطـى لصاحبه [خـمسة] [١] دنانير؛ لأن هذا مما لابد منه ، ولا يتفق فـي الغالب أن تكون قيمة الدارين سواء ، وهو ظاهر قول ابن القاسم في « الكتاب » في العُلوي والسُّفلي .

والـثـانـي : أن ذلك لا يجـوز ، وتُقَسَّم كـل دار على حِدَة ؛ لأنـها كالأصناف المختلفة ، وهو قول عبد الملك في العُلوي والسُّفلي .

وهذا كله إذا كان [كل] [٢] نوع منها لا يحتمل القسم .

وأما إذا كـان الجديـد ذوات عدد ، والقـديم ذوات عدد قـسم الجـديد بانفراده ، والقديم بانفراده : فإن تقاربت [المواضع] [٣] واختلفت الرغبة ، أو تباعدت المواضع ، واتفقت الرغبة ، والـتشاحح ، هل يجمع في القسم أم لا ؟ على ثلاثة أقوال :

أحدهـا : أنه لا يجمع في القسم بـحال ، وتُقَسَّم كل دار على حِدَة ، وهو قول ابن القاسم في « المدونة » .

والثـاني : أنها تجمع في القسم ، وهو قول أشهب في مدونته إذا كانت متقاربة [في] [٤] نَمَطٍ واحد ، وبعضها أكرم من بعض .

والـثالـث : التفصيل بـين أن تكون كل دار تحتمل القسم بـانفرادها فلا يجمع بينهما ، وبين أن تكون كل دار لا تحتمـل القسم ، فيجمع بينهما في القسم ، وهذا القول متأول على المدونة .

وحد القرب فـيما بين الدور : الميلين والـثلاثة ، وحد الكثير الـبعيد : اليوم واليومين .

---

(١) في أ : عشرة ، والصواب ما أثبتناه من ب .
(٢) سقط من أ .
(٣) في أ : المنافع .
(٤) في أ : من .

وأما الدار الواحدة ، أو الأرض الواحدة المتصلة ، فإن احتمل القسمة حتى يصير لكل واحد من الورثة ما ينتفع به : قسم بينهم إذا دعا إلى القسمة بعضهم ، فإن كانت الدار أو الأرض لا تنقسم إلا على ضرر ، فهل يقسم بينهم إذا دعا إلى القسمة بعضهم ، ويجبر عليها من أباها أم لا ؟ على ستة أقوال :

أحدها : أنها تُقَسَّم بينهم ، وإن لم يَصِر في نصيب كل واحد منهم إلا قدر قدم وما لا [له] (١) منفعة فيه ، وهو قول مالك في المدونة ، وتلا [في ذلك] (٢) قوله تعالى: ﴿ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا ﴾ (٣)، ولم يتابعه على ذلك أحد من أصحابه إلا ابن كنانة .

والثاني : أنه لا يقسم بينهم إلا أن يصير لكل واحد [منهم] (٤) ما ينتفع به في وجه من وجوه المنافع ، وإن قلَّ نصيب أحدهم حتى لا يصير له بالقسمة إلا ما لا منفعة له فيه في وجه من الوجوه : فلا تقسم ، وهو قول ابن الماجشون .

والثالث : أنها لا تقسم إلا أن تقسم من غير ضرر ، ويصير لكل واحد منهم موضع ينفرد به ، وينتفع بسكناه من غير اعتبار بنقصان الثمن ، وإنما يراعى ذلك في العروض ، وهو قول ابن القاسم في « الكتاب» .

والرابع : أنه إن صار في [نصيب] (٥) [كل] (٦) واحد منهم ما ينتفع

---

(١) سقط من أ .
(٢) سقط من أ .
(٣) سورة النساء الآية (٧).
(٤) سقط من أ .
(٥) في ب : حظ .
(٦) سقط من ب .

به [قسم بينهم ،وإن لم يصر لكل واحدٍ ما ينتفع به] (١) دعا إلى ذلك صاحب النصيب القليل الذي لا يصير له في نصيبه ما ينتفع به، أو صاحب النصيب الكثير الذي يصير له في حظه ما ينتفع به ،وهو قول مطرف .

والخامس : أنها لا تقسم إلا أن يدعو إلى ذلك صاحب النصيب القليل.

والسادس : أنها لا تقسم إذا دعا إلى ذلك صاحب النصيب الكثير.

والجواب عن الوجه الثاني : إذا كانت التركة أرضين : فعلى التفصيل والتحصيل الذي قدمناه في قسمة الدور حرفًا حرفًا ، والخلاف الذي فيه إذا تقاربت المواضع ،واختلفت الرغبة ، أو تباعدت المواضع ، واتفقت الرغبة: داخل فيه ، ولا نُطَوِّلُ بالتكرار.

والجواب عن الوجه الثالث : إذا كانت جنة ، وبساتين فلا تخلو من وجهين : إما أن تكون جنسًا واحدًا ، أو أجناسًا .

فإن كان جنسًا : فلا يخلو من أن يكون حائطًا ، أو حوائط ، فإن كان حائطًا واحدًا كالنخيل كلها أو الأعناب كلها ، والزيتون كله ، أو الفواكه كلها : فإنه يقسم بين الورثة إن كان الجنان تحتمل القسمة حتى يصير لكل واحد منهم ما ينتفع به .

فإن كان حوائط : فلا تخلو من الأقسام التي قدمناها أولاً ، إما أن تكون متقاربة ، واتحدت فيها الأغراض ، وإما أن تكون متباعدة ، والأغراض فيها مختلفة ، وإما أن تختلف فيها الأغراض ، وتقاربت المواضع .

فإن تقاربت المواضع ، واتحدت فيها الأغراض : فإنها تجمع في القسم

(١) سقط من أ .

قولاً واحدًا .

وإن تباعدت المواضع ، واختلفت الأغراض : فلا يجمع في القسم بالقرعة ، قولاً واحدًا .

وإن تقاربت المواضع واختلفت الرغبة ، أو تباعدت المواضع ، واتفقت الرغبة : فالمذهب على ثلاثة أقوال ، وقد قدمناها في قِسْمَة الدّور .

فإن كانت أجناسًا ؛ كجنات من نخيل ، وأعناب ، وزيتون ،وفواكه : فهذه الأربعة الأصناف لا خلاف أنها تجمع في القسم في قسمة التراضي بغير قرعة ، وهل تجمع في قسمة القرعة بالتراضي دون جبر أم لا ؟على قولين :

أحدهما : [المنع] (١) ، وهو مشهور المذهب ، وهو أحد قولي ابن القاسم ؛ لأن دخول [ق / ١٩٠/ ٢ـ أ] القرعة في [القسمة] (٢) [ينفي](٣) الاختيار .

والثاني : أن ذلك جائز ، وهو مذهب أشهب ، وهو قول ابن القاسم في « المدونة » في مسألة النخلة والزيتونة ، والفواكه كلها نوع واحد ؛ كالرمان ، والخوخ ، والتفاح ، والأترج ، والكمثري ، جميع أنواع الفواكه صنف واحد .

فإن كان لكل نوع منها جنان على حدة كالرمان جنان على حدة ، والتفاح جنان على حدة ، والخوخ جنان على حدة ، فإنه يقسم كل نوع منه على حدة ، وكل جنان على حِدَة بالقيمة .

---

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : القرعة .

(٣) في ب : به في .

وإن اختلطت كلها في جنة واحدة ، فإنها تُقَسَّم كلها مجتمعة بالقيمة ؛ كالحائط فيه البرني ، والصماني ، والجعروري ، على ما سنبين صفة القسم فيه إن شاء الله .

ويراعى في الجميع في القسمة البَعْلِي ، والسقى ،واختلاف أنواع السقى من [العيون] (١) والآبار ، فنقول : لا تخلو الأرض من ستة أوجه:

أحدها : أن تكون بعلاً لا سقي لها ، وإما أن تسقيها العيون ، وإما أن يسقيها بالقرب ، وإما أن تسقى إحداهما بالبَعْل ،والأخرى بالعين ، وإما بعلاً ،وذوات بئر ، وإما ذوات عين ، وذوات بئر ؛ فيجمع البَعْلِي إلى البَعْلِي والعيني إلى العيني مع تساوي العينين في الغزر [وذوات البئر مع ذوات البئر مع تساوى البئرين في الغزر] (٢) ،ولا خلاف في ذلك على الشروط التي قدمناها .

وأما البَعْلِي مع السقي : فقد اختلف فيه المذهب على ثلاثة أقوال:

أحدها : أنه لا يجوز الجمع بينهما في القرعة ، وهو قول ابن القاسم في « المدونة » ، وهو قول أشهب أيضًا .

والثاني : أنه يجوز جمع البَعْلِي مع ذوات العين إذا تشابها في الكرم ، والجودة ، وهي رواية ابن وهب عن مالك .

والثالث : أنه يقسم البعل مع العيون ، ولا يقسم مع النضح إلا برضا أهله ، وهو قول محمد بن مسلمة ، ولا وجه لقوله ؛ بل البَعْل مع النضح أقرب من البَعْل مع [العين] (٣) .

---

(١) في أ : العين .

(٢) سقط من أ .

(٣) في ب: العينين .

والجواب عن الوجه الرابع والخامس : إذا كانت حيوانًا ، أو عروضًا فقسمتها على التراضي من غير سهمة جائزة باتفاق [العلماء] [١] وأما قسمتها بالسَّهْم والتعديل : ففي المذهب فيها قولان :

أحدهما : أنها لا تجوز قسمتها بالقرعة ، جملة بلا تفصيل ،وأنها تباع، ويقسم الثمن بينهم ، وهو قول ابن الماجشون في سماع يحيى .

والثاني : جواز القسمة بالقرعة في الصنف الواحد منهما ، وهو مشهور مذهب مالك ، ولا يجوز في الصنفين المختلفين ، وفي تمييز النصف الواحد من الصنفين في ذلك اختلاف بين أصحاب مالك ؛ أما أشهب فأجرى القسمة في ذلك مجرى البيع ، وحملها عليه ، فقال : ما جاز سلم بعضه في بعض [فلا يجوز] [٢] جمعه في القسمة بالسهمة ، وما لم يجز سلم بعضه في بعض : فجائز جمعه في القسمة بالسهمة .

وأما ابن القاسم : فقد اضطرب قوله في «الكتاب » ، ولم يجر مذهبه في ذلك على قياس ؛ لأنه جعل القسمة في بعض المواضع أخف من البيع؛ فأجاز القسمة [بالسهمة] [٣] فيما يجوز سلم بعضه في بعض ، وذلك قوله في البزِّ : أنها تجمع في القسمة ، والبز أصناف كثيرة في البيع يجوز سلم بعضها في بعض ، وجعلها في بعض المواضع أشد من البيع ، فمنع من القسمة بالسهمة فيما هو عنده في البيع صنف واحد لا يجوز أن يسلم بعضه في بعض ، وهو قوله في « المدونة » : تقسم الخيل على حِدَة ، والبراذين على حِدَة ، والبغال على حدة ، والحمير على حدة إذا كان في كل صنف منها ما يحتمل القسم ، فيكون ذلك مثل ظاهر قوله في البز في

(١) سقط من أ .
(٢) في ب :فجائز .
(٣) سقط من ب .

أحد الموضعين من « المدونة » ، ومثل قول عيسى بن دينار في قسمة الأرض الدنيئة والكريمة : أنها تُقَسَّم كل واحدة على حِدَة إذا كانت تحتمل القسم ، فإن كانت لا تحتمل جمعت وقسمت بالقيمة ، ولا ينظر إلى مساحة ما يصح لكل واحد منهم من الأرض ؛ ولهذا قال في كتاب الوصايا : فإن صار لهذا مبذر خمسة أمد من كرم الأرض ، وللآخر مبذر أربعين مديًا من رداء الأرض : قسمت بالقرعة .

فيتحصل من مذهبه على هذا التأويل في الحبوب ثلاثة أقوال ، وفي العروض والبز وغيره : أربعة أقوال :

أحدها : تجمع الخيل والبراذين ، والبغال ، والحمير ، والبزور على اختلاف أنواعه ،وإن كان كل صنف منها يحتمل أن يقسم على حدة .

والثاني : أنه لايجمع في القسم بحال ، وإن كان كل صنف منها لا يحتمل القسم إلا بإضافته إلى غيره .

والثالث : التفصيل بين أن يكون كل [ق/١٩٩ب] صنف منها يحتمل القسم أو لا ؛ فإن كان كل صنف [منها] [١] يحتمل القسم : [لم يجمع][٢] وإن كان كل صنف منها لا يحتمل القسم : [جمع] [٣] في القسم .

والقول الرابع في البز : بالتفصيل بين ما تقارب وتشاكل فيجمع في القسم ،وما تباين [وتغاير] [٤] : فلا يجمع في القسم ، وهو قول ابن حبيب،فجعل الخز والحرير صنفًا، والقطن والكتان صنفًا ، والصوف

(١) سقط من أ .
(٢) في أ : جمع .
(٣) في أ : لم يجمع .
(٤) في ب : وتباعد .

[«والمُدَعَّر» (١)] (٢) صنفًا ، والقز ، وإن اختلفت أجناسها صنفًا .

وأما ما هو فرد من ذلك ، أو ما هو زوج منه لا يستغني أحدهما عن صاحبه كالخفين ،والبابين ، والقرارتين أو ما هو فرد كالثوب الواحد ، والخيل [والبغل] (٣) والبعير الواحد ، فلا يقسم بين الشريكين ، قولاً واحدًا إلا بالتراضي ؛ لأن قسمة ذلك فساده .

والجواب عن الوجه السادس : إذا كانت مكيلاً أو موزونًا من المأكول وغيره من العروض : فلا يخلو من وجهين :

أحدهما : أن يكون صنفًا واحدًا.

والثاني : أن يكون صنفين .

فإن كان صنفًا واحدًا : فلا يخلو من أن يكون صبرة واحدة ، أو صبرتين .

فإن كان صبرة واحدة : فلا خلاف في وجوب قيمته على الاعتدال في الكيل ، أو الوزن ، أو على التفصيل البين ، كان ذلك مما يجوز فيه التفاضل أو من الطعام المدخر الذي لا يجوز فيه التفاضل .

ويجوز ذلك كله بالكيل المعلوم والمجهول ، وبالصنجة المعلومة والمجهولة .

ولا خلاف أيضًا : أن قسمته جزافًا بغير كيلٍ ،ولا وزن ، ولا تحرٍ لا يجوز ؛ لأن ذلك غرر ومخاطرة .

فإن كان من الطعام المدخر : دخله أيضًا عدم المماثلة .

---

(١) المُدَّعر : اللون القبيح من جميع الحيوان .
(٢) سقط من ب .
(٣) سقط من أ .

وأما قسمته تحريًا لا يجوز في المكيل ،ويجوز في الموزون .

فأما إن كان صبرتين فزائد : فلا يخلو من أن يكون مما يجوز فيه التفاضل ، أو مما لا يجوز التفاضل .

فإن كان مما لا يجوز فيه التفاضل مثل محمولة وسمرًا ، وقمح ، وشعير ، ونقي ، ومغلوت : فلا تجوز قسمته إلا على الاعتدال في الكيل بالكيل المعروف فيما يُكال ، وعلى الاعتدال [في الوزن] [1] بالصنجة المعروفة [فيما يوزن] [2] ؛ لأنهما إذا اقتسما القمح ،والشعير [بالمكيال][3] المجهول ، فأخذ أحدهما القمح ،وأخذ الآخر الشعير : لم يجز ، وإن اعتدلا في الكيل .

وإن اقتسما الزائد من القمح على الشعير ، أو الشعير على القمح بينهما نصفين إن وجدا في أحدهما زيادة على الآخر ؛ لأن ما كان من القمح مساويًا للشعير في الكيل قد بادل كل واحد منهما صاحبه في نصفه بالمكيال المجهول .

ولا تجوز مبادلة القمح بالشعير بالمكيال المجهول ، كما لا يجوز بيع أحدهما بالمكيال المجهول ؛ لأن ذلك غرر؛ إذ لا يدري ما يقع المكيال المجهول من المعلوم ؛ لأن الذي أخذ الشعير يقول : لو علمت أنه يبلغ هذا العدد لم أرض أن آخد الشعير وأعطيه القمح .

ولو اقتسما القمح على حدة ، والشعير على حدة لجاز بالمكيال المجهول، على ما تقدم في قسم الصبرة الواحدة .

وأما إن كان مما يجوز فيه التفاضل مثل ما لا يدخر من الأطعمة ، ومثل

(١) في أ : بالوزن .

(٢) في ب : بينهما .

(٣) في ب : بالمكيل .

الحناء ، والعصفر ، وشبه ذلك : فتجوز قسمته على الاعتدال ، والتفاضل البين بالمكيال المعلوم ، والصنجة المعروفة ، ولا يجوز بالمكيال المجهول ، ولا بالصنجة المجهولة ؛ لأن ذلك غرر ، على ما بيناه في الصبرتين من جنس واحد لا يجوز [فيه] (١) التفاضل مثل القمح والشعير .

وإذا اقتسمت كل صبرة على حدة : جازت قسمتها بالمكيال المجهول كما يجوز بالمكيال المعلوم ؛ لأن قسمة الصبرة الواحدة على الكيل تمييز حق، وليس ببيع .

وأما إذا كان صنفين كالقمح ، والشعير ، أو التمر ،والزبيب ، أو القمح والزبيب : فلا خلاف في جواز قسمته على الاعتدال في الكيل والوزن ، ولا غير الاعتدال إذا تبين الفضل [لجواز التفاضل] (٢) بين الجنسين ،ولا يجوز ذلك إلا [بالمكيال] (٣) المعلوم أو الصنجة المعلومة .

وأما في واجب الحكم فلا يقسم كل صنف إلا على حدته ، وإذا قسم كل صنف على حدته جاز ذلك بالمكيال المعلوم ، والمجهول حسب ما مضى بيانه .

ولا تجوز القرعة في شيء مما يكال [أو يوزن] (٤) ؛ لأن القرعة لا تطيب لأنفس المتقاسمين ، وليس بعد الكيل ،والوزن في النفوس ريب .

والجواب عن الوجه السابع : إذا كان موزونًا من النقدين مثل أن تكون التركة ذهبًا أو فضة ، أو بعضها حلي ـ ذهب أو فضة ـ ولا يخلو من أن

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) في ب : بالكيل .

(٤) سقط من أ .

يكون الذهب والفضة خالصًا غير مربوط بغيره ، أو يكون مربوطًا ، ربط صياغة مرصعًا غير منظوم .

فإن كان الذهب والفضة خالصًا غير مركب على غيره : فإنه يقسم بين الورثة بالوزن ، فإن تساوت قيمته [والوزن] [١] جازت قسمته بالقرعة.

وإن تتساوى في الوزن واختلفت قيمته : فلا تجوز فيه القسمة بالقرعة، ولا ينظر إلى اختلافه في الجودة إذا تساوى في الوزن .

وأما إن كان الحلي مربوطًا مرصعًا بالجواهر والياقوت ، أو كانت سيوفًا محلاة بالفضة: فلا يخلو ما فيه من الذهب والفضة من أن يكون تبعًا أو متبوعًا ؛ فإن كان تبعًا مثل الثلث فأدنى : فله حكم العروض في البيع ، والقسمة على ما قاله ابن القاسم في « كتاب [الصرف] [٢] » ، وفي «كتاب القسمة » من « المدونة » .

فإن كانت متبوعًا : فله حكم الذهب والفضة في البيع والقسمة ، ولا يقسم إلا وزنًا ، ولا تجوز قسمتها بالقيمة .

فإن كان ما في التركة من الذهب والفضة لا يحتمل القسمة : فإن الورثة بالخيار إن شاؤوا أن يسلموه [ق/ ١٩١/ ٢ ـ أ] لبعضهم بوزنه ، وإن شاؤوا فليبيعوه ويقسموا ثمنه ، أو يضيفوه إلى بقية [التركة] [٣] .

والجواب عن الوجه الثامن : إذا اشتملت الشركة على جميع ما ذكرناه من الأنواع ، والأصناف : فإنك تنظر ، فإن كان كل صنف منها يحتمل القسم : عمل فيه على ما تقدم .

وما لا يحتمل القسم فيه : يكون فيه الخيار للورثة ؛ إما يتراضون على

---

(١) سقط من أ .
(٢) سقط من أ .
(٣) في أ : الحركة .

قسمته بلا قرعة ، وإما يبيعوه ويقتسموا الثمن [والحمد لله وحده][1] .

❑❑❑

(١) زيادة من ب .

المسألة الرابعة
في القسمة على الغائب في الرِّياع

ولا خلاف عندنا في المذهب أنه يقضي على الغائب في غير الرياع ـ قربت غيبته أو بعدت ـ وأما الرياع : فلا تخلو من أن تكون غيبته غيبة انقطاع ، أو غيبة ارتجاع ؛ فإن كانت غيبة ارتجاع؛ مثل أن يغيب في البلاد التي يسافر الناس إليها ، ويقدمون ، فهل يحكم عليه السلطان في غيبته أم لا ؟

فالمذهب على قولين قائمين من المدونة :

أحدهما : أنه يقضي عليه بما ادَّعَى به عليه [وهو قول عبد الملك ،وهو ظاهر قوله في كتاب النكاح الثاني وغيره .

والثاني : أنه لا يقضي عليه] (١) في غيبته ، وأن السلطان يكتب إليه إما أن يقدم أو يوكل ، وهو قول ابن القاسم في « الكتاب » .

وأما البعيد الغيبة [المنقطع] (٢) كالأندلس ،وطنجة من المدينة : فهذا يقضي عليه في الرِّياع ،قولاً واحدًا ،ويكون على حجته إذا قدم ، ولا ينبغي للقاضي أن يقيم للغائب أو للطفل وكيلاً يقوم بحجته .

وهذا كله إذا ادعى على الغائب في ريعه .

وأما إذا طلب بعض أشراكه القسمة في ريع بينه ،وبين الغائب : فإن القاضي يمكنه من القسمة ، ويقضي بها على الغائب ، قولاً واحدًا في المذهب فيما علمت ؛ لأن الغائب مُقر بالشركة في الشيء المقسوم ؛ ولذلك

(١) سقط من أ .
(٢) سقط من أ .

جوز القسمة [عليه] [١] وهو منكر بدعوى من ادعى الملك عليه ، فلذلك منع [القضاء] [٢] عليه في الربع في أحد الأقوال .

والفرق بين الرباع وغيرها في جواز القضاء على الغائب : أن الرِّباع أمره خطر ، والتنافس فيه يكثر ، فقد لا يصادف الإنسان دارًا أو جنانًا يشتريه على وفق مراده لقلة وجود ذلك ، ووقوعه في النداء في كل وقت؛ إذ ليس [للرِّباع] [٣] سوق يُنتحى [ويُقصد] [٤] عند [طلب] [٥] الشراء، فإذا فوت الإنسان ربعًا ، فقليل ما يخلفه بمثله ، وما عدا الرِّبع من جميع المتمولات على اختلاف أنواعها ، فإن لها أسواقًا يجتمع منها فيها ما هو مثل ما فوت عليه أو أفضل منه .

وعلى القول بأنه يقضي على الغائب ـ إما [في] [٦] ما عدا الرِّبع بالاتفاق ، وإما [في] [٧] الرِّباع على قول عبد الملك ، وأصبغ ، وابن عبد الحكم ، وهو قول ابن القاسم في « كتاب الشفعة » حيث قال : ويباع ربعه في الدين ، وتكون فيه الشفعة ـ فهل يمكن من حجته إذا قدم أم لا ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنه يبقى على حجته إذا قدم ، وهو قول ابن القاسم في المدونة .

والثاني : أنه لا حجة له إذا قدم ؛ لأنه إنما يقضي عليه بعد التلوّم

---

(١) سقط من أ .
(٢) في أ : الفضل .
(٣) في ب : للربع .
(٤) سقط من أ .
(٥) سقط من أ .
(٦) سقط من أ .
(٧) سقط من أ.

والاستبيان ،وهو قول سحنون .

وعلى القول بأنه على حجته إذا قدم : فإنه يعرف بمن شهد عليه ،فإن كان عنده ما يدفع به شهادة الشهود عن نفسه ؛ مثل أن يثبت أنهم عبيد ، أو على غير الإسلام .

فالحكم بالقضاء عليه مردود ، قولاً واحدًا في المذهب ، وهو قول مالك في « كتاب الرجم » إذا صح فيما [إذا] [1] شهدوا على مال ثم تبين أن أحدهما عبد ، فنكل الطالب عن اليمين مع الشاهد الباقي فحلف المطلوب : أن الحكم يرد .

وأما إن جرحهم بأمر ينافي العدالة ، وهم أحرار مسلمون كالزنا وشرب الخمر أو بأمر يوجد مع العدالة كالعداوة في غير حق الله ، فهل ينتقض الحكم بذلك أم لا ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أن الحكم لا يرد ، ويكون البيع نافذًا ، وهو قول عبد الملك في « كتاب ابن حبيب » : فإن قدم الغائب ، فأقام بينة على البراءة من الحق الذي [قضى] [2] عليه به ، وبيع فيه ريعه لمضى البيع لمبتاعه ، ولا ينتقض ، ويكون للقادم الرجوع على المقضي له بما أخذ من الثمن ، وهو قول مالك وأصحابه في « الموازية » وهو قول أصبغ في « الواضحة » ؛ لأن ذلك حكم قد مضى على وجه شبهة ، ولا فرق في ذلك بين الرياع وغيره في جميع ما بيع عليه من ماله ثم قدم وأثبت البراءة من ذلك أن البيع يمضي ويكون حقه في الثمن . والحمد لله وحده .

❑❑❑

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : يقضي .

المسألة الخامسة

في قسمة الأصول بالثمار والأرض بما فيها من زرع

والكلام في هذه المسألة في هذين السؤالين .

فالجواب عن السؤال الأول : في قسمة الأصول بالثمار : ولا تخلو الثمار المتصلة بتلك الأصول من ثلاثة أوجه :

أحدها : أن تكون الثمار غير مأبورة .

والثاني : أن تكون مأبورة .

والثالث : أن تكون مزهية .

فأما إذا كان ما فيها من الثمار غير مأبور : فلا يخلو من أن يقتسما على أن تبقى لأربابها ، أو على أن تدخل في المقاسمة .

فإن اقتسما على أن تبقى الثمار لأربابها ، فهل يجوز ذلك أم لا ؟

فالمذهب على قولين قائمين من المدونة :

أحدهما : أن القسمة لا تجوز جملة ، وهو قول ابن القاسم ؛ لأن استثنائها في البيع لا يجوز عنده ، وهو من بيعها قبل قبضها ، والقسمة بيع من البيوع على أحد قولي المذهب ،وهو نص المدونة .

والثاني : أن ذلك جائز ، وهذا القول قائم من المدونة أيضًا .

وينبني الخلاف : على الخلاف في المستثنى ، هل هو مشتري أو مبقى ؛ فعلى القول بأنه مشتري : منعت القسمة في مسألتنا ، وعلى القول بأنه مبقى : جازت القسمة .

وقد حكى الشيخ أبو الحسن اللخمي في استثناء ما لم يؤبر من الثمار

في البيع قولان .

فإن اقتسما على أن تدخل في القسمة ، فهل يجوز ذلك أم لا ؟ على قولين :

أحدهما : أن ذلك لا يجوز ؛ لأنها تؤول إلى أن تصير طعامًا ، فيؤدي ذلك إلى طعام بطعام متفاضل ، وهو قول ابن القاسم في الكتاب .

والثاني : أن ذلك يجوز ، وهو ظاهر قول محمد بن مسلمة ؛ لأنه قال فيمن باع [نخلاً وفيها] (١) تمر لم يطب ـ أبر ، أو لم يؤبر ـ فلا بأس أن يبيعها بالطعام والشراب من قبل أن [المقصود] (٢) [ق/ ٢٠٠ب] بالبيع ، والشراء الأصل ، فـإذا جوز بيعها مـع الأصول بسائر أنواع الـطعام ، ولم يعتبر لها وجودًا ، فبأن تجوز قسمتها مع الأصول أولى [وأحق] (٣).

وسبب الخلاف : اختلافهم في اعتبار الحال والمآل ، هل يراعى أم لا ؟

فإن اشتراها أحدهـما أن ما وقع في نصيبه من الثـمن ، فهو داخل في القسمة ، وما وقع في نصيب صاحبـه فهو باق على أصل الشركة : فذلك جائز ،ولا أظنهم يختلفون في ذلك لعدم العلة المتقاة .

وإن كانت إحدى الثمرتين مأبورة ، والأخرى غير مأبورة :

فالتـي هي مأبورة : غير داخـلة في القسمـة ، وإنها باقية عـلى أصل الشركة ، قولاً واحدًا ، وغير المأبورة داخلـة في القسمة بلا إشكال ، وهو يجوز استثناؤها أم لا ؟ قولان : الجواز ، والمنع .

فإطلاق القسمة دون إدخال المأبورة فيـها بالشرط ، وإخراج غير المأبورة

---

(١) سقط من أ .

(٢) القصدر .

(٣) في ب : وأحرى .

منهـا غير المأبور مـنها بالاستثـناء : جائز من غـير خلاف في المذهـب بأنه يركب [على] [١] كل شائبة مقتضاها .

فأما إن اشتـرطا إدخال المأبور [في الـقسمة] [٢] ،وقد اسـتثنى غـير المأبورة : فإنه يـتخرج على الخلاف الذي قدمناه ؛ لأنـها إذا أدخلا المأبورة بالشرط وغـير المأبورة داخلة بمقـتضى الإطلاق ، وهي تؤول إلـى أن تصير طعامًا ، فيؤدي ذلك إلى طعام بطعام متفاضلاً .

فإن وقع الاسـتثناء في غـير المأبورة : فإنـه يتخرج علـى الخلاف الذي قدمناه أيضًا في استثناء ما لم يؤبر من الثمار ، وأما إن كانت الثمار مأبورة، وهي بلح صـغير أو كبير : كان إطـلاق المقاسمة على الجـواز ؛ لأن الثمار في جميع ذلك غير داخلة في القسمة ؛ بل هي باقية على أصل الشركة .

فإن اشترطا دخولـهما في المقاسمة ، فهل يجـوز أم لا ؟ فالمذهب على قولين قائمين من المدونة :

أحدهـما : أن ذلك لا يجوز ، وهو قول ابن القاسم في المدونة ، وهو المشهور .

والثاني : أن ذلك جائز ، وهو ظاهر قول محمد بن مسلمة ؛ لأنه جوز بيع الأصول مع مـا فيها من الثمار المأبـورة بالطعام إلى أجل كالـسيفين مع حليتهما إذا كانت الحلية تبعًا ، فإنه يجوز بيع أحدهما بالأخرى نقدًا أو إلى أجل على القول بأن الأتباع لا تراعى جملة .

وسبب الخلاف : الأتباع هل تراعى أو لا تراعى ؟

فـإن كانـت إحداهـما مأبـورة ، والأخرى غير مأبورة : قـد تقـدم

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

الكلام عليه .

وأما إذا كـان [ما] [١] فيه من الثمار مزهيـة : فإطلاق المقاسمة على الجواز ؛ لأن الثمار غير داخلة ، وهي باقية على أصل الشركة .

فإن اشترطا دخولها في المقاسمة ،فهل يجوز ذلك أم لا ؟ [فالمذهب][٢] على قولين :

أحـدهمـا : أن ذلك لا يجوز ، جملة بلا تـفصيل ، وهو مذهب ابن القاسم في « المدونة » وغيرها .

والثاني : أن ذلك جائز ، وهو ظاهر قول سحنون في « السليمانية » ؛ لأنه قال : من اشترى نخـلاً فيه ثمر قـد طاب ، أو لم يطـب بطعـام نقـدًا أو إلى أجل : لا بأس بـه ؛ لأن الثمر [تبع لـلنخل] [٣] كالـعبد يـباع ، ويستثنى ماله ، فإن ذلك جائز نقدًا ، أو إلى أجل ؛ لأن ماله ملغي ، وهو قول سحنون ، وهو أضعف الأقوال .

وقول محمد بن مسلمة أقرب إلى الصواب ؛ لأن التقابض والمناجزة قد حصلت فيما بينـهما ؛ لأنها إن كانت في [حين] [٤] المقاسمة طـعامًا فقد حصل التناجز ، وإن كـان غير طعام ؛ لأنها تصير طعامًا بـعد انتقال الملك [بعـد أن] [٥] صارت في سهمه بخلاف إذا كانـت مزهية ؛ لأنها مقصودة حينئذ فيدخلها التفاضل .

والجواب عن السؤال الثاني [ق/ ١٩٢/ ٢أ] : في قسمة الأرض بما فيها

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) في أ : مع النخل .

(٤) في أ : حيز .

(٥) في أ : عقد من .

من الزرع : فلا يخلو من الأوجه الثلاثة التي قسمنا عليها الثمر ؛ إما أن تكون قبل إبار الزرع ، أو بعد الإبار ، وقبل أن يطيب ، وإما أن تكون بعد طيب الزرع .

فأما إن كانت القسمة قبل إبار الزرع ، فهل تجوز القسمة أم لا ؟ على قولين :

أحدهما : أنها لا تجوز ، جملة بلا تفصيل ؛ لأن إطلاق القسمة يقتضي دخول الزرع في القسمة ، وذلك يؤول إلى التفاضل بين الطعامين ، واستثنى الزرع من القسمة وبقاؤه على أصل الشركة لا يجوز أيضًا ؛ لأن ذلك بيعه قبل طيبه على القبقية ، وذلك حرام ، وهو قول ابن القاسم .

والثاني : أن القسمة جائزة استثنى ، أو دخل في القسمة ؛ لأن [استثناءها] (١) جائز على أحد قولي المذهب ،ودخوله في القسمة لا تأثير له على قول محمد بن مسلمة وغيره ؛ لأنه ليس بطعام في الحال ،وما يؤول إليه في ثاني حال غير معتبر .

فأما إن كان الزرع مأبورًا : فإطلاق القسمة جائز ؛ لأن الزرع غير داخل في القسمة إلا بالاشتراط ، فإن أدخلاه في القسمة ،هل يجوز ذلك أم لا ؟ فالمذهب على قولين :

أحدهما : أن ذلك لا يجوز ، وهو قول ابن القاسم ؛ لأن ذلك طعام بطعام متفاضل .

والثاني : أن ذلك جائز ، وهو قول محمد بن مسلمة .

وسبب الخلاف : اختلافهم في الأتباع هل تراعى ، أو لا تراعى ؛ فمن قال أنها تراعى منع ، ومن قال لا تراعى جوز . فإن كان أحد الزرعين

---

(١) في أ : استثناؤه .

مأبورًا ،والآخر غير مأبور : وقعت القسمة على إطلاقها ، فهي جائزة اتفاقًا ؛ لأن المأبور بقى على أصل الشركة وغير المأبور داخل في القسمة .

فإن وقع الشرط إما بإدخال المأبور في القسمة مع الأرض ، وإما باستثناء غير المأبور [وبقائه] (١) على أصل الشركة ، ففي كل فصل من ذلك قولان .

وقد اختلف في إبار الزرع على ثلاثة أقوال :

أحدها : ظهوره وبروزه من الأرض ، وهو قول ابن القاسم في المدونة في كتاب الشفعة .

والثاني : أن إبار الزرع بذاره في الأرض ،وإن لم يطلع ، وهو قول [القاضي أبي محمد عبد الوهاب] (٢) .

والثالث : أن إبار الزرع أن يَسْبل ، وهو قول محمد .

والأظهر [في الصواب] (٣): ما ذهب إليه القاضي ؛ لأن البذر كسلعة أودعت [في] (٤) الأرض ، فوجب حمل المقاسمة على الأرض دون ما فيها بخلاف الثمار التي هي ولادة .

وأما إن كان ذلك بعد طيب الزرع : فلا خلاف في هذا الوجه أن الزرع لا يقسم مع الأرض ،بل تقسم الأرض على حدة ،ويبقى الزرع شركة بينهما [والحمد لله وحده](٥).

---

(١) في أ : وبقيته .
(٢) في أ : أبي محمد عبد الوهاب القاضي .
(٣) سقط من أ .
(٤) سقط من أ .
(٥) زيادة من ب .

المسألة السادسة
في قسمة الثمار والزروع

والكلام في هذه المسألة في أربعة أسئلة :

أحدها : قسمة الثمرة .

والثاني : قسمة الزرع .

والثالث : قسمة البقل.

والرابع : قسمة اللبن .

والجواب عن السؤال الأول : في قسمة الزرع : ولا يخلو من أن يكون [ذلك] (١) قبل طيب الزرع ، أو بعد طيبه .

فإن كان ذلك قبل طيب الزرع ، فأراد قسمته فصيلاً : فلا يخلو من ثلاثة أوجه :

إما أن يتفقا على جذه في الحال ، وإما أن يتفقا على تركه حتى يطيب، وإما أن يجذ أحدهما ويترك الآخر .

فإن كان على أن يجذا جميعًا في الحال : فذلك جائز ، ويقسم بينهما بالتحري إن كان يستطاع أن يعدل [بينهما] (٢) ،وهو قوله في «الكتاب».

فإن حصد أحدهم حصته ،وترك الآخر نصيبه حتى تحبب الزرع انتقض القسم ؛ إذ لا يجوز بيع الزرع على أن يترك إلى طيبه ، وليرد الذي حصد قيمة ما حصد فتكون تلك القيمة مع الزرع القادم بينهما ، وقال في

---

(١) سقط من أ.

(٢) في أ : ثلثهما .

«الكتاب» : لأن القسمة ها هنا بيع من البيوع .

فإن اتفقا على تركه جميعًا أو حصة أحدهما حتى يطيب : فإن القسمة فاسدة لا تجوز ؛ لأن ذلك بيع الزرع قبل بدو صلاحه على البقاء .

وأما إن كان ذلك بعد طيب الزرع : فلا تجوز قسمته فدادين ، ولا مدارعة ،ولا قتتا ، ولا يقسم إلا كيلاً ؛ لأن ذلك مزابنة .

والجواب عن السؤال الثاني : في قسمة الثمار بعد طيبها ، وقبل جذاذها ، أو قبل طيبها ،وهي بلح صغير أو كبير ، ولا يخلو الشركاء في ذلك من وجهين :

إما أن تتفق حاجتهم [في ذلك] (١) ، أو تختلف .

فإن اتفقت حاجتهم : فلا يخلو من ثلاثة أوجه :

إما أن يتفقا على التيبيس [وإما أن يتفقا على البيع] (٢) ،وإما أن يتفقا على الجذاذ .

فإن اتفقا على التيبيس : فلا خلاف أنهما لا يقتسمان حتى ييبس الثمر، ويقتسماه كيلاً ، وكذلك الحكم إذا اتفقا على البيع ، وحاجة كل واحد منهما إلى بيع نصيبه رطبًا ، فليبيعاه ويقتسمان الثمن بينهما ، ولا يقتسمانها بالخرص .

فإن اتفقت حاجتهما على الجذاذ للأكل : فلا يخلو من أن يتساويا عيالهما ، أو يكون أحدهما أكثر عيالاً من الآخر .

فإن تساوت العيال ، ويكون الذي يجد كل واحد منهما في كل يوم مثل ما يجد الآخر : فلا يقتسمان بالخرص [لعدم الحاجة إليه ، فإن كان

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ .

أحدهما أكثر عيالاً من صاحبه جاز أن يقتسماه بالخرص] (١) [ليتوسع] (٢) صاحب العيال الكثير ؛ لأنَّا إن قصرنا أكثرهما عيالاً عما يحتاجه أضربه ، وإن كلفه الآخر أن يجذ كثيراً على قدر ما يحتاج إليه [صار] (٣) صاحبه [فسد] (٤) عليه ، فاقتضت المصلحة القسم بينهما بالخرص حتى يأخذ كل واحد منهما القدر الذي يقوم به .

فإن أخذ أحدهما ، وأبقى الآخر نصيبه حتى أزهى : انتقض القسم ، وكان الذي أزهى ، وقيمة الذي لم يزه شركة بينهما ، والقيمة يوم كان جذ على أنه مجذوذ ، وليس على الرجاء والخوف ؛ لأنه جذه بإذن شريكه.

فأما إذا اختلف حاجتهم ، فأراد أحدهما أن يأكل رطبًا ، وأراد الآخر أن يتمر : جاز القسم بالخرص إذا وجد من يعرف ذلك لاختلاف الحاجة ، والأغراض في ذلك .

فإن أراد أحدهما البيع ،وأراد الآخر أن يتمر : فلا يخلو الذي يريد أن يشتري من أن يكون مراده الجذاذ ، أو الإتمار ، فإن كان مراده الجذاذ : جاز القسم بالخرص لأجل اختلاف الأغراض .

وإن كان مراده الإتمار : فلا يقسم بينهما بالخرص لاتحاد غرض المشتري والشريك .

فإن أراد أحدهما الجذاذ ، وأراد الآخر البيع : فلا يخلو المشتري من أن يشتري للبيع ، أو يشتري للأكل .

فإن اشترى للبيع : هل يجوز أن يقتسما بالخرص أم لا ؟ على قولين:

---

(١) سقط من أ .
(٢) في أ : ليتسع .
(٣) سقط من أ .
(٤) في أ : فيستل .

أحدهما : أن ذلك لا يجوز ؛ لأن المشتري على الجذاذ اشترى ، فقد اجتمعا عليه ، وهو قول سحنون في البلح الكبير .

والثاني : أن ذلك جائز ، وإن لم يجد الذي حاجته للأكل إلا بعد يومين أو ثلاثة إذا لم يتركه حتى يزهو ، وهو قول ابن القاسم ؛ لأن المشتري ،وإن اشترى على الجذ ، وقد يجد ما اشتراه على مرة أو مرتين ليدرك بها الأسواق ،والآخر يجذ شيئًا بعد شيء على قدر حاجته وعياله .

وأما البلح : فلا يخلو من أن يكون صغيراً ، أو كبيراً؛فإن كان كبيراً ، فهل يقسم بينهما بالخرص مع اختلاف الحاجة أم لا ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنه يقسم بينهما بالخرص إذا اختلفت حاجتهما كما تقسم إذا أزهت ، وهو قول ابن القاسم في المدونة وغيرها .

فإن أراد أحدهما أكله ، والآخر بيعه ، هل يقسم بينهما بالخرص أم لا؟ على قولين :

أحدهما : أنه يقسم [بينهما] (١) ، وهو قول ابن القاسم ، وأشهب .

والثاني : أنه لا يقسم بينهما بالخرص ؛ لأن ذلك ليس باختلاف حاجه، وهو قول سحنون .

والقول الثاني من الأول : أنه لا يجوز قسمة البلح الكبير بالخرص ، وإنما يجوز بالتراضي مع اختلاف الحاجة بخلاف الرطب ، وهو قول بعض المتأخرين ،وهو اختيار التونسي [رحمه الله] (٢).

فإذا قسماه بالخرص للحاجة ، فجذ أحدهما نصيبه ، وترك الآخر ما

(١) سقط من أ .

(٢) زيادة من ب .

صار له حتى أزهى : فإن القسمة تنتقض بينهما ، ويرد الذي جذ حصته قيمة ذلك يوم جذه ، ويقسمانه مع نصيب الآخر الذي تركه ، بخلاف المزهي من الثمار إذا اقتسماه وترك أحدهما نصيبه حتى يتمر : فإن القسمة بينهما لا تنتقض ؛ لأن البيع لو وقع على ذلك بالعقد على قول ، وبالقبض على آخر .

واختلف إذا اجتيح نصيب أحدهما ، هل توضع فيه الجائحة [ق/ ٢٠١ب] أم لا على قولين ؛ فقال ابن الماجشون : لا جائحة في ذلك، وظاهر قول ابن القاسم : أنه توضع فيه الجائحة ؛لأنه يقول في «الكتاب »: إن القسمة تنتقض فيه إذا تركه حتى أزهى .

وسبب الخلاف : اختلافه في القسمة ، هل هي بيع ، أو تمييز حق.

وأما البلح الصغير : فقد اختلف فيه ، هل له حكم الطعام ، أو هو علف لا غير ؟

فقد قال مالك في المدونة في كتاب القسمة أنه علف ، وقال ابن القاسم: هو بمنزلة البقل ، وإلى هذا التخريج أشار اللخمي .

فعلى القول بأن له حكم العلف : جازت قسمته ،وإن لم تختلف الحاجة فيه .

وإن جذ أحدهما نصيبه ، وأبقى الآخر إلى الآخر إلى الأيام ما لم يتركه حتى يصير زهوًا .

وعلى القول بأن له حكم الطعام لم تجز المقاسمة إلا أن يجذا معًا.

فإن اقتسماه على المفاضلة بالأمر البين جاز ؛ لأن التفاضل فيه جائز يدًا بيد على القول [بأن له حكم الطعام ،وإلى أجل على القول] [1] بأنه

---

(١) سقط من أ .

علف. فإن اقتسماه ثم لا يجذا حتى صار بلحًا كبيرًا [فإنك تنظر . فإن اقتسماه على التعديل ، وكان لا يختلف الآن إذا كبر فالقسمة جائزة ،وإن اقتسماه على المفاضلة أو كان إذا كبر تفاضل انتقضت القسمة ، فإن جذ أحدهما نصيبه ، وترك الآخر حتى صار بلحًا كبيرًا] [١] لم تنتقض القسمة لجواز التفاضل بين البلح الصغير والكبير .

وإن تركه حتى أزهى انتقض القسم بينهما ، ويرد الذي جنى نصيبه قيمته يوم جناه ويقتسمانه مع نصيب الآخر .

فانظر كيف جوز قسمة البلح الصغير بالتحري ،وهو مما يكال ، وما يكال [غيره] [٢] لا يقسم بالتحري ، وقد يعتذر [ق/١٩٣/ ٢أ] عن ذلك بأن يقال : إنما أجاز هذا ؛ لأنه لا يمكن كيله ؛ لأنه مما أصله الخرص ، فإذا خرجا من الخطار جاز .

وأما قسمته الفواكه بالخرص : فلا تخلو من أن تتفق الحاجة أو تختلف فيها .

فإن اتفقت الحاجة : فيمنع قولاً واحدًا ، وإن اختلف الحاجة : ففي جواز قسمتها بالخرص قولان قائمان من « المدونة » :

أحدهما : أن ذلك لا يجوز ،وهو نص قول مالك في « المدونة » في «كتاب القسمة » ، وقال : إنما مضى الخرص في النخل والعنب ، وليس الخرص في هذا من عمل الناس .

والثاني : أن ذلك جائز ، وهو قول أشهب في « المجموعة » ،وهذا القول يؤخذ من المدونة من « كتاب العرَايا » ؛حيث قال فيما سوى النخل

---

(١) سقط من أ .

(٢) في ب : عنده .

والعنب : إذا أعرى يجوز أن تشتري بخرصها ،فإذا جوز أن تشتري الفواكه بخرصها إذا أعرت فما المانع من أن تقسم بالخرص إذا اختلف الحاجة ، وذلك ظاهر .

والجواب عن السؤال الثالث : في قسمة البقل : فلا تخلو من أن تتفق فيه الحاجة ، أو تختلف .

فإن اتفقت فيه الحاجة : فلا إشكال ، وإن اختلفت ، فهل تجوز قسمته بالخرص أم لا ؟ على قولين قائمين من « المدونة » :

أحدهما : أن ذلك لا يجوز ،وهو قول ابن القاسم في « المدونة » ، واحتج بأن مالكًا لم يجوز الخرص فيما يجوز فيه التفاضل مثل التفاح وغيره.

والثاني : أن ذلك جائز ، وهو مذهب أشهب في « مدونته » ،وهو ظاهر « المدونة » أيضًا ؛ لأن ابن القاسم إنما منع ذلك لعدم من يعرف الخرص ، فإذا تحققت المفاضلة بين القسمين فما المانع من الجواز ، وواحد [في ذلك] (١) باثنين جائز ، وهو قول ابن القاسم في قسمة اللبن إذا اقتسما الغنم للحِلاَب على ما يأتي في فصله إن شاء الله.

والجواب عن السؤال الرابع : في قسمة اللبن في ضُرُوع الماشية مثل أن يشتركا في ماشية فيقتسماها للحلاب ، فيأخذ هذا غنمًا يحلبها ، ويأخذ هذا مثلها يحلبها : فلا يخلوا من وجهين :

إما أن يكون ذلك على أن من هلكت الغنم التي بيده فلا يرجع في حِلاَب ما بيد صاحبه.

وإما إن هلك ما بيده من الماشية : لم يرجع فيما بيد صاحبه بشيء ،

---

(١) سقط من أ .

فإن ذلك لا يجوز ،قولاً واحدًا ؛ لأن ذلك مخاطرة وقمار .

فأما إن كان ذلك منهما على وجه المعروف ،وفضل أحدهما الآخر على أنه إن هلك ما بيد أحدهما رجع فيما بيد صاحبه ، فهل يجوز ذلك أم لا ؟

فالمذهب على ثلاثة أقوال :

أحدها : أن ذلك جائز ـ افترقا للحِلاَب أو اجتمعا ـ وهو قول ابن القاسم في «المدونة » في « كتاب القسمة».

والثاني : أن ذلك لا يجوز ـ افترقا أو اجتمعا ـ وهو قول أشهب ؛ لأنه لبن بلبن متفاضلاً ،وهو لا يجيز قسمته محلوبًا تحريًا ،فإذا فَضَّلَه فهو حرام.

والثالث : التفصيل بين أن يكون ذلك قبل التفرق ، أو بعده ؛ فإن حلباه قبل التفرق : جاز إذا فَضَل أحدهما الآخر بشيء بين .

فإذا حلباه بعد التفرق : فلا يجوز ؛ لأن ذلك طعام بطعام ؟ وليس يدًا بيد ، وهو قول سحنون ، وهو ظاهر « المدونة » ؛ لأنه أجاز في [القسمة][1] أن يأخذ أحدهما أقل من نصفها بالأمر البين ، ويسلم الآخر بقيمتها ،فانظر كيف جوز ابن القاسم قسمة اللبن على التحري ، وهو مما يكال، ومذهبهم أن التحري لا يجوز في المكيل من الطعام ؛ وإنما يجوز في الموزون في القليل ، والكثير منه على قول ، وأما في اليسير منه على رواية عيسى عن ابن القاسم في « العتبية » .

وأما [ما لا يجوز] [1] في المكيل من الطعام : فلا يجوز جملة ، وهذا القول حكاه أبو الحسن بن القصار عن مالك في كتاب « عيون

---

(١) في ب : الصبرة .

(٢) سقط من أ.

الأدلة»؛ لأن بيع الجزاف بالجزاف من صنف واحد مخاطرة ، وهو حرام،وإن كان ترابًا من أجل أن الميزان عندهم ربما يُعْدم في الأسفار والبوادي ، والكيل لا يكاد يعدم ،ولو كان بالألف ،وبهذا فرق أكثرهم بين المكيل والموزون ، وذلك فرق استئناس ؛ لأن الكيل بمكيال غير الجاري، والكيل به ممنوع على مشهور المذهب ؛ لأن ذلك مخاطرة ،والمخاطرة فيه أشد من المخاطرة في التحري ؛ لأن التحري معيار شرعي ، وفي بعض الحالات يتوصل به إلى معرفة المقادير التي لا يمكن فيها الكيل والوزن [والحمد لله وحده] (١).



(١) زيادة من ب .

المسألة السابعة
في الثمار إذا قُسِّمَت بعد الأصول على مَنْ يكون سَقيها

مثل أن يقتسموا الأصول ،وفيها ثمرة ، وتركوا الثمرة ثم قسموها بعد زهوها لاختلاف حاجتهم في ذلك ، فهل على كل وحد سقى نخله ،وإن كانت ثمرته لغيره أم لا ؟ فالمذهب على قوين قائمين من « المدونة »:

أحدهما : أن السقي على صاحب الأصل ،وإن كانت الثمرة لغيره ، وهو مذهب ابن القاسم في « المدونة » .

والثاني : أن السقي على من له الثمرة دون صاحب الأصل كمن أوصى بالأصل لرجل ، وفيها ثمرة مأبورة أو مزهية : فالسقي على ورثة الموصي بخلاف البيع ، وهو مذهب سحنون .

وسبب الخلاف : اختلافهم في القسمة هل هي بيع ، أو تمييز حق ، فمن رأى أنها بيع قال : السقي على من له الأصل كما لو باع الثمرة دون الأصل ، فإن السقي على البائع ما دامت الثمرة متصلة بأصوله .

ومن رأى أنها تمييز حق ، قال : السقي على من له الثمرة ، فيقدر الأصل الذي وقع له في القسم كأنه لم يزل ، وكأن هذه الثمرة التي صارت في أصول هذا لغيره كأنها لم تزل ملكًا لصاحبها الذي وقعت له في القسم، فكان السقى على صاحب الثمرة كما لو وهب له الثمرة ، فإن السقى على الموهوب له ؛ لأنَّ صاحب الأصول لم يمنع منه الثمرة ،فيكون قد التزم له السقى .

وأما على قول ابن القاسم بأن القسمة بيع : فقد اعترضه بعض المتأخرين ، وقال : إذا اقتسموا الأصول أولاً ، فصار لهذا عشر نخلات ،

ولهذا خمس عشرة نـخلة ،ولم يقتسموا الثمرة بعـد ، فإذا قدرنا أنه بيع : كان على كل واحد سقي نصف ما في يـديه من النخل ؛ لأنها للذي له في الأصل ، والنصف الآخر اشتراه ،وهو مذهب ابن القاسم : أن من اشترى أصلاً دون ما فيه مـن الثمرة أن السقي علـى البائع فيما أبقـى من الثمرة ، ومذهب المخزومي على أن مشترى الأصول يسقي ثمرة البائع .

فإذا اقتسما الثمرة بعد ذلك فصار لصاحب الخمس عشر نخلات ما في العشر من الثـمر ، وصار لصاحب العشر ما في الخمـس عشرة : كان على مذهب ابن القاسم أن يلزم صاحب خمس عـشرة نخلة سقى نصفها ؛ لأنه باع ثمرة نصفها ،وكان على شريـكه سقى النصف الآخر ؛ لأنه باع نصف الأصل ، وأبـقى الثمـرة له ،ومن باع أصـلاً دون ثمرته ، فـالسقي عـلى البائع .

وأما على قول المخزومي : فإنه يلزمه سقي الجميع ؛ لأن نصف النخل له ،وقد بـاع ثمرها ، والنصـف الآخر اشتراه ، فعـليه سقيه ،وإن بـقيت ثمرته للبائع .

فإن كان ابن القاسم قد رجع إلـى قول المخزومي استقام الجواب ، وأما بناء مذهبه الذي يرى أن من باع الأصل : فالسقى على البائع فيما أبقى من الثمرة : فلا يستقيم الجواب إذا سلك بالقسمة مسلك البياعات [والحمد لله وحده] [١].

❑❑❑

(١) زيادة من ب .

المسألة الثامنة

في قسمة السَّاحة [والأبنية

فأما قسمة الساحة] [١] مع البيوت ، فلا تخلو من أربعة أوجه :

إما أن تحتمل الساحة الدار ، وبيوتها القسمة .

أو لا تحتمل القسمة لا الساحة ولا البيوت .

وإما أن تحتمل البيوت القسمة دون الساحة .

وإما أن تحتمل الساحة القسمة دون البيوت .

فأما الوجه الأول : إذا احتملت الساحة ،والبيوت القسمة : فإن البيوت تنقسم ، قولاً واحدًا .

وهل تقسم الساحة معها أو يجعل لكل نصيب من البيوت ما يقابله [من الساحة] [٢] أم لا ؟ على أربعة أقوال :

أحدها : أن الساحة تقتسم مع البيوت ، ويجعل لكل نصيب من البيوت ما يقابله من الساحة ، وهو قول ابن القاسم [في المدونة »] [٣] .

والثاني : أن قسمتها مع البيوت تجوز بالتراضي ، ولا تجوز بالقرعة ، وهو ظاهر قوله في « كتاب القسم » ،وهو مشهور المذهب إذا عدل ذلك بالقيمة ثم استهم عليها على ما تأوله الشيخ أبو عمران الفاسي .

والثالث : أن البيوت تقسم [على حدة ، ولا تقسم الساحة أصلاً،

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من ب .

وهو قول مطرف ،وعليه تأويل قول مالك حيث قال : تقسم] [1] الساحة بين الورثة ، وإن احتملت القسمة .

والرابع : التفصيل بين أن يكون على البيوت حجر ، فلا تقسم الساحة أصلاً ، أو لا يحجر عليها فتقسم ، وهو قول ابن القاسم ، وأشهب في «المجموعة » .

وأما الوجه الثاني : إذا كانت البيوت والساحة لم يحتملا القسمة ، فهل تقسم أم لا ؟ فقد تقدم الكلام على ذلك بما لا مزيد عليه.

وأما الوجه الثالث : إذا كانت البيوت تحتمل القسمة دون الساحة : فإنهم يقسمون البيوت ،ويتركوه الساحة يرتفقون بها على السواء ، فيرتفق صاحب السهم القليل كما يرتفق صاحب السهم الكثير .

فإن اتفقوا على قسمتها ، فهل تقسم أو لا تقسم أصلاً ؟

فإنها تتخرج على قولين قائمين من « المدونة » :

أحدهما : أنها تقسم إذا اجتمعوا على قسمتها ، وهو مشهور المذهب .

والثاني : أنها لا تقسم أصلاً ، وهو تأويل مطرف عن مالك في الساحة إذا كانت واسعة تنقسم ، فإذا كنت ضيقة لا تحتمل القسم .

وأما الوجه الرابع : إذا كانت البيوت لا تحتمل القسم ، واحتملتها الساحة ، فهل تجمع مع البيوت في القسم ، فتكون البيوت قسمًا ، وتكون الساحة قسمًا أم لا ؟ [ق/ ١٩٤/ ٢أ] على قولين :

أحدهما : أنهما لا يُجمعان في القسم ، وأن الساحة بينهما إلا بالتراضي دون القرعة ، وهو الذي يأتي على مذهب ابن القاسم ؛ لأنها إن جمعت في القسمة بالسهم خرج سهم بعضهم في البيوت ، وبعضهم في

---

(١) سقط من أ .

الساحة ، فيؤدي ذلك إلى المخاطرة التي منع لأجلها الصنفين المختلفين في قسمة السهم ،وهذا هو مشهور المذهب .

والثاني : أنه يضم البنيان في القسمة إلى الساحة حتى كأنه منها ثم تقسم كلها قسمًا واحدًا [ق/٢٠٢ب] ، وإن لم يقع انقسام كلها في البنيان، وهو قول ابن حبيب ، وهو مذهب أشهب في جوازه جمع الصنفين المختلفين في القسم بالسهم ، وهو ظاهر قول ابن القاسم في مسألة النخلة ، والزيتونة .

وأما قسمة الأفنية : فإنها على قسمين فناء يكون أمام دور القوم إلى جنب الطريق ، وفناء [يكون] [١] بين دور القوم .

فأما فناء يكون أمام دار القوم إلى جنب الطريق : فلا خلاف في المذهب أنه لا يقسم ابتداء ، وإن اجتمعوا على قسمته ؛ لأن لعامة الناس فيه حق وموقف عند تضايق الناس في الزِّحَام.

فإن اقتسموه هل ترد القسمة أم لا ؟ فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنها تنتقض ، ويبقى الفناء على حاله ، وهو الأظهر .

والثاني : أنها لا تنتقض ، وهو قول أصبغ .

وأما فناء يكون بين دور القوم ليس إلى جانب الطريق ، ولا لأحد من المارة فيه مرفق ، فإن اتفقوا على قسمته قسم قسمًا واحدًا ، فقيل [على][٢] ما تراضوا عليه ، وهو قول ابن القاسم ،وقيل : على حال منازلهم ، وهي رواية ابن وهب ،وابن نافع عن مالك .

فإن أبا بعضهم القسمة لم يحكم بها بينهما على رواية ابن وهب،وابن

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ب .

نافع ، وقـيل : إنه يحكـم بينهم به ،وهـو أحد قولي المذهـب في الأنادر والمسارح ، فعلى القول بأنها تقسـم ، فإن الفناء يُقَسَّم ،وإن أبى بعضهم ؛ إذ لا فرق بينهما [والحمد لله وحده] [١].

❑❑❑

(١) زيادة من ب .

المسألة التاسعة
في دعوى الغلط بعد القسمة

فالكلام في هذه المسألة على فصلين :

أحدهما : أَنْ يَدَّعِي [أحدهم] [١] الغلط في القسمة .

والثاني : أَنْ يَدَّعِي أحد المتبايعين الغلط في البيع .

أما الفصل الأول : إذا ادعى أحد المتبايعين الغلط في البيع ، فذلك على وجهين :

أحدهما : أن يتولوا القسم بأنفسهم .

والثاني : أَنْ يُقَدِّمُوا من يقسم بينهم أو يقدمه الحاكم .

فإن كانوا تولوا القسم بأنفسهم ثم ادعى أحدهم الغلط ، فلا يخلو ذلك من أربعة أوجه :

أحدها : أن يعدلا [على] [٢] ذلك بالقيمة ، ثم يقترعا أو يأخذا ذلك بغير قرعة .

والثاني : أن يقولا : هذه الدار تكافئ هذه ، وهذا العبد يكافئ هذا من غير ذكر القيمة ، ثم يقترعا أو يأخذا ذلك بغير قرعة.

والثالث : أن يقول أحدهما لصاحبه : خذ أنت هذه الدار وهذا العبد ، وآخذُ أنا هذه الدار ،وهذا العبد من غير تقويم ،ولا ذكر مكافأة.

والرابع : أن يختلفا في الصفة التي وقعت عليها القسمة مثل أن يقتسما

(١) في ب : بعضهم .

(٢) سقط من أ .

عشرة أثواب ، فكـان في يد أحدهما ستة أثواب ، وفـي يد الآخر أربعة ، وادعى أن الثوب السادس في نصيبه .

فأما الوجه الأول : إذا عدلا ذلك بالقيمة ثم يقترعا أو يأخذا ذلك بغير قرعة ثم يَدَّعِي أحدهما غلطًا : فهذا ينظر إليه أهل المعرفة ، فإن كان سواء أو قريبًا من السواء وإلا نقض القسم ، وكان القول قول من ادعى الوهم أو الغلط .

وأما الوجه الثاني : إذا قالا : هذه الدار تكافئ هذه ، وهذا العبد يكافئ هذا من غـير [ذكر] [١] القيمة ثم يقترعـان ، أو يأخذا ذلك بغير قرعة ، فإنَّ الحُكم فـيه كالحكم في الوجه الأول ؛ لأن مـفهوم القصد إلى الـتعديل المسـاواة في القِيَـم ،وذلك إذا قالا : هـذه الدار تكـافئ هذا المتـاع أو هذا العبد، ثم أخذ كل واحد منهم أحد الصنفين بالتراضي بغير قرعة ، ثم ذكر أن القيمة مختلفة.

وأما الوجه الـثالث : إذا قال أحدهما لصاحـبه : خذ أنت هذه الدار ، وهذا الـعبد ، وآخذ أنـا هذه الدار وهذا الـعبد مـن غير تقـويم ،ولا ذكر مكافأة.

فإن كانت القسمة بالتراضي : مضت المقاسمة على من كانت في نصيبه كما تمضي في البيع ، إلا على القول بالقيام بالغبن فيما زاد على الثلث .

فإن كانت [القسمة] [٢] بالقرعة : فلا يخلو من أن يكونا عالمين ، أو غير عالمين .

فإن كانا عالمين بفسخ ذلك : فإن القسمـة تفسخ بينهما بالجبر ، وإن لم

---

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : القيمة .

يدع واحد منهما إليه ؛ لأن القرعة على ذلك غرر.

فإن كانا غير عالمين بفساد ذلك ، ويظنان أنه جائز : فإن [القسمة] [١] بينهما نافذة ، ويكون القيام بالغبن في ذلك كالقيام بالعيب ، فإن قام به من عنده ذلك الغبن : فسخت القسمة ، فإن رضي به مضت .

وأما الوجه الرابع : إذا اختلفا في الصفة التي وقعت عليها القسمة ؛ مثل أن يقتسما عشرة أثواب ،فكان في يد أحدهما ستة أثواب ،وقال : هي في نصيبي ، وعلى هذا اقتسمنا ،وقال الآخر : بل الثوب السادس منها لي أنا ،وقد كانت قسمتها خمسة خمسة ، وإنما سلمته غلطًا : فلا يخلو من أن تكون القسمة بالقرعة ، أو بالتراضي .

فإن كانت بالقرعة : فالمذهب فيها على قولين :

أحدهما : أن القول قول الحائز للثوب السادس مع يمينه إذا أتى بما يشبه أن يتقاسم الناس عليه ، وهو قول ابن القاسم ؛ لأن الآخر قد أقر بالقسم، وادعى ما في يد صاحبه .

والثاني : التفصيل بين أن يدعي الآخر أنه سلمه إليه غلطًا ، أو ادعى أنه سلمه على وجه الإيداع .

فإن ادعى أنه سلمه على وجه الإيداع : كان القول قوله أنه قاسمه خمسة خمسة مع يمينه ، ثم يكون الآخر بالخيار بين أن يسلمه ، ويحلف أنه قاسمه ستة وأربعة ،ويتفاسخان القسمة كلها ، وهو قول أشهب في «مدونته » .

وقال محمد بن عبد الحكم : يتحالفان ويتفاسخان في ذلك الثوب وحده.

---

(١) في أ : القيمة .

فيتحصل في التحالف والتفاسخ قولان :

قيل : فـي الثياب كلهـا ، وقيل : في الثـوب وحده ،ويكون بينـهما شركة على السواء .

فإن كانت القسمة بالتراضي : لم ينظر إلى الدعوى ، وإن كان الغلط ؛ لأنه كبـيع المساومة ، فيـلزمه التغابـن ،وهو قول ابن حبيـب ، وهو وفاق المذهب .

والجواب عن الوجه الثاني من الفصل الأول : إذا قدَّمُوا لأنفـسهم من يقسم بينهم مـن غير أن يتولوا القسـمة ،فادعى بعـضهم أن القاسم غلط : [أو جـار] [١] فقـد قال ابن القاسم في « المـدونة » : لا يلتفت القاسم إلى قولهم وليتم عـلى قسمته ، فإذا فرغ منها نظر الـسلطان [فيها] [٢] فـإن وجدها عـلى التعديل مـضى ما قسم ولا يـرد ، فإن رضى جميعـهم بِرَده ونقضه ليـستأنفا القرعة أو التـراضي بقسمته مرة أخرى : لـم يجز ؛ لأنهم ينتقلـون من معلوم إلى مجهول ، وهـو ما يخرج لهم في المسـتقبل ، ولو تراضوا بنقضه بشرط أن يأخذ كل واحد شيئًا معلومًا معينًا : جاز فإن وجد فيه غيبًا : فلا يخلو من أن يكون غبنًا فاحشًا ، أو غير فاحش .

فإن كان فاحشًا : فللسطان أن ينقضه ، قولاً وحدًا .

وإن كان غير فاحش ، هل تنتقض قسمته ويُرَد أم لا ؟

فالمذهب على قولين قائمين من « المدونة » :

أحـدهمـا : أن قسمة يُرَد ويَرُده هو وغيـره ، وهو قول ابن القاسم في المدونة ؛ لأنه قال في الكتاب : ولم ير مالك في قسم القاسم بمـنزلة حـكم

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

الحاكم .

والثاني : أن القاضي والقاسم في ذلك سواء ، وأن القاسم لا يَرُد من قسمه إلا ما كان غلطًا بينًا كالقضاء على سواء ، وهو قول أشهب .

ووجه [قول] (١) من يساوي بين القاسم والقاضي : أن كل واحد منهما يعمل على نظره ، واجتهاده ، فلا ينقض ما قسمه بنظره بنظر غيره إلا أن يتبين الغلط .

ووجه من فرق بينهما : أن القاضي ، والقاسم وإن اجتمعا أن كل واحد منهما عمل باجتهاد ، إلا أن الحكم يختلف فيما أدى إليه الاجتهادان؛ فالذي يؤدي إليه اجتهاد القاضي مظنون ، والذي يؤدي إليه اجتهاد القاسم محقق تُدْرَك معرفته قطعًا ؛ لأن الغلط إن كان هناك يدرك حقيقة وقطعًا فافترقا ، وهذا يحرك سلسلة باب تصويب المجتهدين ، والكلام عليه مُحَال على فن الأصول .

فالجواب عن الفصل الثاني : إذا ادّعى أحد المتبايعين الغلط في البيع ؛ مثل أن يدعي المشتري أنه اشترى عشرة أثواب بعشرة دنانير ، وقال البائع : بل هذه التسعة بعشرة ، والعاشر غلط مني ، أو هو عندك وديعة : فلا يخلو من أن تكون الثياب قائمة ، أو دخلها فوت .

فإن كانت قائمة : فالقول قول من ادّعى ما يشبه على الخلاف في اعتبار الشبهة مع القيام .

فإن أتيا جميعًا بما يشبه ، أو بما لا يشبه : فإنهما يتحالفان ويتفاسخان.

فإن فاتت بحوالة الأسواق فاعلاً كان ذلك فوتًا في التسعة دون العاشر لم يُقر ببيعه ، فيحلف المشتري أنه اشترى العشرة بعشرة دنانير ،ويغرم ما

---

(١) سقط من أ .

ينوب التسعة عـلى أنه ذلك العاشر داخل في البيع ، ويُـرَد العاشر على ما هو به من عـيب ، ولا شيء على المشتـري إذا كان العيب من غيـر سببه ، فإن كان من سببه ،وكـان العيب يسيراً : أخذه صاحبه وما نـقصه العيب ، وإن كان كثـيراً غرم جمـيع قيمـته إلا أن يكون الـثمن أكثـر [فيضمـنه له بالـثمن؛ لأنه قـد أقر أنه اشـترى بذلك الـثمن ، وإن بـاعه المشتـري كان لصاحبه أكـثر من ثلاثة أوجه من قيـمته يوم باعه المشتـري أو الثمن الذي باعه بـه ، أو ما ينـوبه مـن الثمن في الـعقـد الأول ، وأما إذا كان الـثمن الأول أكـثـر] (١) فحلف المشـتري : استغنى عن يمين الـبائع [والحمد لله وحده] (٢) .

❑❑❑

(١) سقط من أ .

(٢) زيادة من ب .

المسألة العاشرة
في قسمة الوصي على من يلي عليه من اليتامى

وقسمة الوصي لا تخلو من ثلاثة أوجه :

أحدها : أن تكون بين صغير وكبير رشيد .

والثاني : أن تكون بين صغيرين ورشيد .

والثالث : أن تكون بين الصغار .

فأما الوجه الأول : إذا كانت القسمة بين صغير وكبير [ق / ١٩٥/ ٢ـ أ] رشيد : فمقاسمة الوصي على الصغير جائزة دون مطالعة الحاكم قولاً واحدًا؛ لأنه يتهم أن يميل عمّا هو في ولايته إلى من هو رشيد ؛ إذ لا غرض.

وأما الوجه الثاني : إذا [قسم الوصي] (١) بين صغيرين ورشيد : فلا يخلو ما يأخذه الوصي للصغيرين من أن يكون مشاعًا بينهما أو غير مشاع.

فإن كان مشاعًا : فالجواز قولاً واحدًا كما لو كان صغيرًا واحدًا ، [وإن] (٢) كانا اثنين فأكثر فإن كان سهم كل واحد منهما مَفْرُوزًا ، فهل تجوز قسمة الوصي عليهما أم لا ؟ فعلى قولين :

أحدهما : الجواز من غير كراهة ، وهو مذهب « المدونة » .

والثاني : الجواز مع الكراهة مخافة أن يميل بالأفضل إلى أحد الصغيرين.

---

(١) في أ : قاسم .

(٢) في أ : فإذا .

وأما الوجه الثالث : إذا كانوا صغاراً كلهم ،وليس بينهم كبير ، فهل تجوز قسمة الوصي بينهم أم لا ؟

فالمذهب على ثلاثة أقوال كلها قائمة من « المدونة » :

أحدها :[أنها] [١] لا تجوز ، وأنه لا يقسم بينهم إلا السلطان ،وهو قوله في المدونة .

والثاني : أنه يجوز مع الكراهة ،وهو قوله في « الكتاب » أيضًا .

والثالث : الجواز بلا كراهة ،وهو قول سحنون ، وهذا القول قائم من «المدونة » من « كتاب الرهون » من قول ابن القاسم حيث قال : يجوز للأب أن يشتري لابنه الصغير من ابن له صغير ، والوصي كذلك .

فعلى هذا يجوز أن يقسم بينهم .

والقول بالجواز من غير كراهة أصح ؛ لأن القسمة أعلى مراتبها أن تكون بيعًا ، وبيع الوصي عليهم ،وشراؤه لهم لبعض من بعض أو من غيرهم جائز ، والقول بالرفع إلى السلطان ضرب من الاستحسان [والحمد لله وحده] [١].

❑❑❑

---

(١) زيادة من ب .

المسألة الحادية عشرة
في قسمة الماء بالقِلْد

والقِلْد : بكسر القاف وسكون اللام ، واختلف أهل اللغة في تفسيره.

فقيل : هي القِدْر [التي] (١) يقسم به الماء ، وبه فسر في بعض نسخ المدونة ، وثبت في كتاب ابن المرابط .

وقيل : هو الحظ من الماء ؛ يقال : سقينا أرضنا قلدنا ،أي : حظنا من الماء ، وهو قول ابن دُرَيْد .

وقيل : هو سقي الزرع وقت حاجته ؛ يقال : أقمت قلدي :إذا [ق/٢٠٣ب] سقى زرعًا يوم حاجته إلى السقي ،وهو قول ابن قُتَيْبَة .

والمعنى الأول أقرب وأسعد بظاهر الكتاب ؛ إذ هو المراد هنا .

وأما صفة قسم الماء بالقلد : فقد اختلف فيه المتقدمون ،والمتأخرون اختلافًا كثيرًا ،وتعقب بعضهم كلام بعض ،ولم يسلم المُتَعَقِب من الاعتراض فيما عقب به ، فقال ابن حبيب عن ابن الماجشون وغيره من علماء المدينة ، وأصبغ من المصريين : هو أن يؤخذ قدر من الفخار وغيره ، فيثقب في أسفلها بمثقب يمسكه الأمين عنده ، ثم يعلقونها عند انصداع الفجر ، وقد جعلت تحتها قصرية ،واستعدت جرار المياه ، فإذا انصدع الفجر صب الماء في القدر فسال من الثقب ،وكلما هم الماء أن ينضب ويفرغ زادوا الصب [في القدر] (٢) حتى يكون سيل الماء من الثقب معتدلاً النهار كله ،والليل كله فينحونها ويقتسمون ما اجتمع من الماء على أقلهم سهامًا

(١) في أ : الذي .
(٢) سقط من أ .

كيلاً أو وزنًا ، ثم يجعلون لكل وارث قدرًا يحمل سهمه من الماء ، ويثقبون كل قدر بالمثقب الأول ، فإذا أراد أحدهم السقى علق قدره ،وصرف الماء إلى أرضه ، فيسقى ما دام الماء يسيل من القدر ، ثم كذلك بقيتهم.

ثم إن تَشَاحّوا في التبدئة استهموا فيه ، فيتتابعون على ذلك ، انتهى كلامه .

وقال بعض الصقليين : قوله : « ثم يجعلون لكل وارث قدرًا يحمل سهمه » : فإنما يصح ذلك إذا تساوت أنصباؤهم خاصة ، وأما إذا اختلفت وكان لبعضهم أكثر ، ولبعضهم أقل : كان صاحب الكثير مغبونًا ؛ لأن القدر كلما كثرت ثقل فيها [الماء] (١) وقوي جريه من الثقب لزوم الماء بعضه بعضًا إلى الخروج بالقوة حتى [يوافي] (٢) [زمن] (٣) خروجه وفراغه [زمن] (٤) جريه ، وفراغه من القدر الصغير ؛ لأن أحدهم قد يكون له عشرة أسهم ، وللآخر سهم ، فإذا أخذ حقه في قدر صغير: خف جرى الماء منها ، فيأخذ أكثر من حقه ، قال : والذي أرى : أن يقسم الماء على أقلهم [سهامًا] (٥) ، فيأخذ صاحب السهم الواحد [سهمه] (٦) في قدر واحد ،ويأخذ الآخر سهمه في عشرة قدور ، فيكون جري الماء على حد واحد .

وقال بعضهم : وهذا الاعتراض الذي اعترض به أبو عبد الله الصقلي صحيح ، إلا أنه يرد عليه هو [من الاعتراض مثل ما أوردوا على ابن

---

(١) سقط من أ .
(٢) في أ : يوازي .
(٣) في ب : زمان .
(٤) في ب : زمان .
(٥) في ب : سهمًا .
(٦) سقط من أ .

حبيب ؛ لأنه أغفل ما هو أشد مما تعقب به عليه ،وذلك قوله أولاً : وكل ما هم الماء أن ينصب صبواً ، فهذا عليه من الاعتراض] [١] مثل ما ذكره ؛ لأن صب الماء في القدر من الثقب ، وهي بخلاف صبه بعد نقصها ، ولو [قال] [٢] كل ما نقص من الماء شيء داركوه ، كان أسلم حتى يكون جري الماء من الثقب على جري واحد ، وقد تفطن لهذا أبو عبد الله بن العطار ، وقال : يصب [من الماء] [٣] قدر ما ينتقص به الماء من القدر ، ويبقى على ابن حبيب ، والصقلي أيضًا في قسمة الماء على ما ذكروه من قدور متفرقة صغارًا كلها على قول الصقلي ، أو صغارًا وكبارًا بقدر الأنصباء على قول ابن حبيب أن الليل والنهار ينقصان ويذهبان قبل تمام جري ماء هذه القدور؛ لأنه إن كانت قدرًا كبيرة يجري منها الماء يومًا وليلة ، فلا يمكن أن يجري ذلك الماء من قدور صغار وكبار في تلك المُدَّة لقوة جري الماء في الكبار ، وضعف اندفاعه من الصغار ، فلو قسم الماء على ما قالاه لتمت الليلة واليوم، وبقي بعض الأنصباء ومن الأشراك من لم يسبق ،وقد تكلم أبو عبد الله بن العطار فيها ، وأخذ طريقًا آخر لم يسلم هو فيه من الاعتراض أيضًا ، فقال: إذا أرادوا السقي بعد قسمة الماء ، وابتدأ أحدهم بالقرعة أو التراضي يؤخذ ما جاز للمبتدئ بالسّقي من مكيلة الماء ، ويجمع في الغلة، فإذا فرغ أخذت منه مكيلة الذي يليه ، ثم هكذا يفعل لكل واحد منهم إلى أن ينقضي اليوم والليلة [وهما] [٤] الدَّهر كله .

قال بعضهم : فاعتراض الصقلي على ابن حبيب لازم لابن العطار؛ لقوة اندفاع الماء الكثير وضعف القليل ، وأنه قد يمكن أن يمتد جري هذا

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : كان .

(٣) سقط من أ .

(٤) في أ : وهم .

القليل لضعفه حتى يأخذ من النهار مثل ما أخذ من لـه مثل سهمه أو أكثر لقوة اندفاع الماء الكثير .

قال : وكذلك يبقى عليه ما صورناه من الاعتراض بانقضاء اليوم والليلة قبل فراغ الماء ، وهـذا مما لا شك فيه ، ولولا قولهم : « يفـعل ذلك لكل واحد منهـم إلى أن ينقضي الـيوم والليلة ، وهـما الدهر كله » ، لـقيل : لعلهم لم يقصدوا في القسمة بهذا قسمة كل يوم وليلة ،وإنما أرادوا بقية الماء قسم الـدول المذكورة ـ كانت في يـوم وليلتين ، أو دون ذلـك ، أو أكثر ـ لكنه ليس مرادهم .

ويبقى فيه أيضًـا على هذا اعتراض آخر سنذكره في مراعـاة سقي الليل من سقي النهار .

ويمكن أن يحمل كلام ابن حبيب وأبي عـبد الله الصقلي معناه ،وأنهما لم يقصدا في القسمة كل يوم وليلة ، وإنما قصدا ذلك في الاختيار في أول وهـلة ، ثـم بعد ذلك عند شـروعهم في السقـي يبدأ الأول ـ أي : وقت شاء ـ حتى يتم سقـيه ، فيأخذ الذي يليه هكذا حتى تتـم دولتهم متى تمت من الزمان ، ثم يـرجعون إلى الأول ، كان ذلك في يوم وليـلة أو أكثر من ذلك ، ويستريح من الاعتراض باختلاف سقي الليل من سقي النهار على ما يأتي ؛ إذ بـاختلاف الدول تأتـي دولة بهذا مـرة نهارًا ومرة ليـلاً ،وكذلك الآخر فيعتدلون في ذلك .

وذهب ابن لبـابة إلى مثل ما ذهب إليـه ابن العطار في قسمـته من قدر واحد غير أنه سلك في مسلكًا آخر ،فقال : إنه يؤخذ قدر [مستوفيه] (١) ويثقب في جانب القدر ثقبًا بقدر الأنصباء لكل قسط من الماء ثقبه في جانب القدر بعد أن يـوضع قسط الماء فيها وبـعد أن يعلق الثقب الـذي في أسفل

(١) في ب : مستوية .

القدر ، وتكون ثقبة القسط الثاني من مبلغ القسط الأول في جانب القدر ، ثم يثقب للثالث ثقبه عند آخر القسط الثاني ، وكذلك يفعل بكل قسط إلى آخرهم سهمًا ، فمن خرج سهمه أولاً ألقى ماؤه في القدر ، فإن خرجت القرعة لمن له ثلاثة أقساط فتح أول الثقب الأول ، فإذا أنقض القسط الذي فوقه فتح للثاني ، ثم كذلك الثالث ، فإذا تم فقد انقضى سهمه ، وكذلك يفعل بمن له قسط وقسطان .

وهذا الذي قاله ابن لبابة أيضًا ، وإن سَلِم من اعتراض الصقلي ، فلا يَسْلَم من اعتراض الثاني ؛ لأن خروج الماء من ثقب تحته في جانب القدر ليس في القوة كخروجه أولاً من أسفل القدر مملوءًا في حين الاختبار لقوة اندفاع الماء بسرعة في أول الاختبار إلا أن ذلك لا يضر ، ولا يؤثر إلا على مذهب من اعتبر انقضاء الدول في كل يوم وليلة أبدًا على الدوام ، وهو ظاهر قول ابن حبيب وغيره .

وقد أشار ابن أبي زمنين إلى [نحو] [١] ما ذهب إليه ابن لبابة ، وقال: يثقب لصاحب الثلث [في القدر] [٢] ثقبه في مقدار ثلثها ، ولصاحب النصف في مقدار نصفها على مقدار أسهامهم ، قال : « هكذا رأيته لبعض العلماء » ، وهذا يلزمه فيه من الاعتراض ما يلزم ابن لبابة.

وقال القاضي أبو الفضل : والذي يظهر مما يقطع هذه الاعتراضات كلها، وهو أقرب في العمل ،وأقل في التعب ، وأكثر الأواني أن تكون صفة هذه القسمة على ما يرد ،وذلك أنا نصبنا القدر مع الفجر ،وهي ملأى ولم يغفل عن تدريك الماء [فيها][٣] أبدًا ، ولا يتركوها تنقص حتى

---

(١) سقط من أ .
(٢) سقط من أ .
(٣) سقط من أ .

يكون جري الماء من الثقب طول اليوم والليلة معتدلاً ، وإن شئنا جمعنا الماء الخارج في أسفل القدر في آنية ثم قسمناه على أقلهم سهمًا [ق/١٩٦/ ٢-أ]، وإن شئنا جعلنا تحت القدر المعلق آنية عرفنا كيلها أو وزنها، وتدرك بالتي عزلنا هذا القدر المعلق ، كلما نقص منها شيء ، ثم هكذا يتداول تحتها الآنيتين اليوم والليلة ، وقد عرفنا عدد ما ملأناه من الأواني ،ونستغني بذلك عن استعداد الماء في الجِرَار لتدريك الماء في القدر، عن استعداد القمار بجميع الماء ، فإذا عرفنا عدد الجميع من الأواني وما فيها : قسمنا ذلك على الأنصباء ، وعرفنا ما يقع لكل سهم بتلك الآنيتين، فإذا احتاجوا إلى السقي علقنا القدر مملوءًا ونصبنا تحته تلك الآنية مع الفجر، وبدأنا بالأول على ما تقدم ، وفتحنا الثقب ، وكلما صب من الماء شيء داركناه على ما ذكرنا أولاً حتى يعتدل جريه عند السقي كما كان اعتدل عند الاختبار والقياس ، وإذا امتلأت هذه الآنية ، فإن كان ذلك قدر نصيبه : أمر بتحويل الماء وجعلت الأخرى لغيره ، ورفعت هذه وأدرك بها ما يصب من القدر ، ومن كانت له اثنان حتى يمتلئ اثنان ، وكذلك من له ثلاثة وأكثر ، فإن المدولة بين اثنين أبدًا على ما ذكرناه ، ولا يحتاج لغيرهما، والقدر في أثناء ذلك يتعاهد في الصب منها في حين القسمة ، والسقي على جريه ما كان منها في حين القياس والاختبار ، قال : ولا خلاف ولا مزية أن اليوم والليلة لا يتمان إلا بتمام السقي وانقضاء الدول، واستيفاء جميع الأسهم من هاتين الآنيتين لاعتدل خروج الماء من الثقب الواحد في اليوم والليلة أولاً وآخرًا ، قال :ولا يبقى على الاعتراض جملة إلا من وجه واحد لابد من تصويره على كل حال ، وقد أشار إليه ابن لبابة، وهو من اختلاف السقي بالليل والنهار ، فإن من الناس من يرغب في سقي الليل لكثرة الماء فيه ، وسرعته والراحة من معاناة الشمس في تصرف الساقي ؛ ولأنه أنفع لما يسقى .

وقد نقل ابن أبي زيد في آخر « كتاب الدور والأرضين » من « كتاب النوادر» من تعدي على نوبة رجل بالليل ، فسقى بها ، فأراد أن يعطيه فيها نوبة النهار : أن ذلك لا يلزم المتعدى عليه إلا برضاه ؛ لأن سقي الليل أفضل من سقي النهار ، ومنهم من يرغب في سقي النهار ، لكونه أقل مؤنة ومشقة من معاناة الظلام والسهر .

فإذا اختلفت الأغراض هكذا : فلا يصح جمعه في قرعته ؛ لأن من خرج سهمه بالليل قد لا يوافقه ذلك [وكذلك من خرج له سهمه بالنهار قد لا يوافقه ذلك] (١) لما ذكرناه ، فإذا قلنا بتفريق قسمة القِلْد بين الليل والنهار ، وأن تجعل قسمة الليل على حدة ،والنهار على حدة : فإنه يسلم من هذا الاعتراض إذا كان مدة السقي قريبة من مدة القياس ، والاختبار لأجل اختلاف الليالي والأيام بالطول والقصر ، إلا أن يقال : إن الضرورة داعية إلى هذا ،و[هو] (٢) غاية المقدور كما يجوز أن تقسم الدَّار الواحدة، وبعضها جيد البناء ،وبعضها رديء ،والأرض الواحدة بعضها كريم ، وبعضها رديء مع اختلاف الأغراض في ذلك .

قال ابن لبابة : لو قسم ماء كل [ليلة وماء كل] (٣) يوم عرف ما لكل ليلة ، وكل يوم على شهور العجم كان أحب إليَّ وأجود لاختلاف الليالي والأيام .

وقال بعض المتأخرين : ولكن مثل هذا يشق ويحتاجون أن يعملوا ذلك السنة كلها [للقيام] (٤) ثم بعد [ذلك] (٥) يجرون ما يأتي من السنين

(١) سقط من أ .
(٢) سقط من أ .
(٣) سقط من أ .
(٤) في أ : للقياس .
(٥) سقط من أ .

المقبلة ،ولياليها على ما تقرر عندهم في السنة التي اختبروا فيها ، فإن كان بعض الأرض قريبة من البلد ، وبعضها بعيدة منه فمتى يحسب [له] [١] شربه من الماء ، فهذا يحتاج إلى تفصيل ، وتحصيل القول ثم لا يخلو الشركاء في ذلك الماء من أن يكون ابتداء شركتهم في الأرض معلوم إما بميراث وغيره ، أو كان أمرًا مجهولاً .

فإن كان ابتداء شركتهم أمرًا معلومًا ، ثم تقاسموها بعد ذلك ، فإن من بَعُدَت أرضه يحسب له من حين علق سهمه في القدر ،وليس له أن يقول : لا تحسبوا عليّ حتى يصل الماء أرضي ؛ لأن أرضه حين القسمة قد قومت [ق / ٢٠٤ب] لبعدها من القلد بدون ما قومت به القريبة منه التي صارت لغيره ، ولو كان لا يحسب له الماء حتى يصل أرضه لاستوت به القريبة التي صارت لغيره ،ولو كان لا يحسب [له] [٢] الماء حتى يصل أرضه [لاستوت] [٣] في التقويم [القريبة] [٤] والبعيدة ،وذلك مما لا يعمل به في قسمة القرعة بعد التقويم والتعديل .

فإن جهل أمر ذلك ،ولم يعلم أصل هذه الأراضي ،ولا كيف كان أصل ملكهم فيها إلا أنهم شركاء في الماء والقلد : فلا يحسب على البعيد الأرض السقي حتى يبلغ أرض ، وإلى هذا ذهب [أبو] [٥] عبد الله بن العطار في « ثمانية أبي زيد » ، وعن [ابن القاسم وعبد الملك] [٦] مثله في القوم يرثون الأرض ،وعليها ماء مأمون كثير ، فيقتسمون الأرض

---

(١) في أ : منه .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) في أ : ابن .

(٦) في أ : عبد الله .

والشرب ،وبعضهم أقرب إلى العين ، ثم يقل الماء ، فيقوم بمن قربت أرضه، ولا يقوم بمن بعدت ، فأراد رد القسم فيقال : أما قسمة الأرض فقد مضت ،وترك قسمة الماء ، فيزاد لمن بعد على من قرب بقدر ما يستوي البعيد، والقريب في السقي ، فيكون للبعيد منه أكثر مما للقريب على مثل ما لو قسمت بالماء قسمًا واحدًا لكانت كذلك ، وهذا مثل ما قال ابن العطار لأن قسمتهم الأولى فيها مراعاة قرب الماء من بعده ، لا من قلَّة الماء وكثرته كما لو كانت أرض مطر .

وما قاله ابن العطار هو عين المذهب ،ولا أعلم من أهل المذهب من يقول غير ذلك ، وتأمل ذلك كله وقف عليه ، فإنك لا تجده مجموعًا [ولا] (١) مشروحًا موضوعًا نحو هذا الموضع ،وبه قال أصبغ : وكان ابن القاسم [يقول] (٢) يقسم الماء بالقلد ، ولم يفسره ولا شرحه [والحمد لله وحده] (٣).

□□□

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) زيادة من ب .

المسألة الثانية عشر
[في] [(١)] طرءان الموصى له
أو وارث على الورثة بعد القسمة

وإن كان قد تقدم الكلام على طروء الوارث على الورثة بعد القسمة في كتاب المديان ، فإنا نكرر ذكره في هذه المسألة لزيادة بيان ووضوح إشكال .

فأما طروء الموصى له : فلا يخلو من أن يطرأ على الورثة ، أو يطرأ على الموصى لهم .

فإن طرأ على الورثة :فلا تخلو التركة من أربعة أوجه :

أحدها : أن تكون عينًا .

والثاني : أن تكون عروضًا .

والثالث : أن تكون عقارًا أو رياعًا .

والرابع : أن تشتمل على جميع ذلك .

فإن كانت التركة عينًا ؛ دنانير ودراهم ، أو يقضي بمثله من المكيل ، والموزون من الطعام والعروض : فلا يخلو الورثة من أن يكونوا كلهم مياسير ، أو يكون بعضهم موسرًا ،وبعضهم معسرًا .

فإن استووا في اليسر : فإن الموصى له يتبع كل واحد من الورثة بقدر ما ينوبه من تلك الوصية ،ولا تنتقض القسمة إلا على مذهب من يرى أن نقضها من حق الله تعالى .

فإن كان بعضهم موسرًا ،وبعضهم معسرًا ، هل يتبع الموسر بقدره

---

(١) سقط من أ .

[والمعسر بقدره] (١) أم لا ؟

فالمذهب على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه يتبع كل واحد بقدر ما ينوبه ،ولا يأخذ الملي بالمعدم ، وهو قول مالك في «الكتاب » .

والثاني : أنه يقاسم الموسر جميع ما في يديه ثم يرجعان جميعًا على الوارث المعدم فيتبعانه ، وهو قول أشهب ، وابن عبد الحكم في الوارث يطرأ على الورثة ،ويطرأ الموصى له بجزء غير معين على الورثة كطروء الوارث على الورثة على مشهور المذهب .

والثالث : أنه يستوفي من الموسر جميع وصيته ، ثم يرجع الموسر على بقية الورثة كغريم طرأ على الورثة ، وهو قول ابن حبيب ، ومثله في «كتاب ابن المواز » .

وسبب الخلاف : اختلافهم [في فهم] (٢) طروء الموصى له بجزء على الورثة ، هل هو كوارث طرأ على الورثة ، أو كغريم طرأ على الغُرَمَاء؟

فمن شبهه بالغريم لاحظ قوله تعالى : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾(٣) .

فمن شبهه بالوارث رأى أن له جزءًا معلومًا كواحد منهم ،وهو المشهور في النقل .

فإن كان التركة عروضًا لا تكال ولا توزن : فقد طرأ عليهم موصى له فقد ساوى في [جواب] (٤) المسألة في « كتاب القسمة » من « المدونة »

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ب .

(٣) سورة النساء الآية (١١).

(٤) في أ : جميع .

بين العين والعروض ، فقال : إن كانت دراهم أو عروضًا : فإنما لهذا الموصى له أن يتبع كل وارث بما صار في يده من حقه ، وقد اختلف في تأويل ذلك على قولين :

أحدهما : أن تلك العروض مستوية القيمَ ، وهو تأويل أصبغ ، وقال بعض المتأخرين ، يريد أصبغ : إذا كان يخرج نصيب الطارئ في عين من هذه العروض [لاستوائها] (١) واستواء أنصبائهم في الميراث ؛ مثل أن يكون الورثة ابنين ، أو أخوين ، وترك الميت ستة أثواب أو ستة أعبد مستوية القيم ، فقسماها ثلاثة ثلاثة : بهذا الطارئ الموصى له يأخذ ثلث كل ما بيد واحد منهما ثوبًا أو عبدًا ؛ إذ هو حقه من وصيته ، فحصل له ثوبان كما حصل لكل واحد منهما ، ويكون ذلك كالعين ولا تنتقض القسمة.

والثاني : أن مراده بالعروض المذكورة : المكيل والموزون دون المعدودة منها ، وهو تأويل بعض الأصحاب ، وضعفوا قول أصبغ في ذلك ، وما قالوه ليس بظاهر ، وتأويل أصبغ أظهر ،وأصح على ما فسر به بعضهم مراده ، وهو أسعد بظاهر الكتاب ، وأسلم من التناقض .

وأما إن كانت التركة عقارًا ، أو رياعًا : فلا يخلو الموصى له من وجهين : إما أن يوصى [له] (٢) بشيء بعينه ، وإما أن يوصى له بجزء شائع .

فإن أوصى له بشيء بعينه : فلا يخلو من وجهين :

أحدهما : أن تكون الوصية بعين بعينه .

والثاني : أن تكون في جنس بعينه .

(١) في ب : لاستوائهم .

(٢) سقط من أ .

فإن كانت الوصية في عين بعينه ؛ مثل أن يوصى له بعبد بعينه أو بدار بعينها ،والثلث يحملها ، فللموصى له أن يأخذ ذلك من الوارث إن أدركه بيده كالاستحقاق ،ويرجع الوارث المأخوذ منه على الورثة كأن الميت لم يخلف ذلك .

فإن فات من يد الوارث : فلا يخلو [ق /١٩٧/ ٢ـ أ] ذلك الفوت من أن يكون باختياره أو بغير اختياره .

فإن كان ذلك باختياره ؛ مثل أن يبيعه ، أو يهبه ، أو يعتقه : فالهبة ، والعتق يكون فيهما الرَّد للموصى ، ويأخذ عين ما أوصى له [به] (١) وليس له إلى التضمين سبيلاً .

وفي البيع يكون له الخيار مع قيامه عند المشتري ، إن شاء أخذ عين شيئه ، وإن شاء جوز البيع ويأخذ الثمن ، فإن فات به المشتري ،ولم يقدر عليه أو مات عنده أو هلك : فليس للموصى له إلا الثمن يأخذه من الوارث .

فإن كان فواته بغير اختيار الوارث ، ولا له فيه سبب ؛ مثل أن يهلك بسبب من السماء : فلا يخلو من أن يصير إلى الوارث في سمهم بالقرعة ، أو بالتراضي [فإن صار إليه بالقرعة لم يرجع عليه الموصى له بشيء ، فإن صار إليه بالتراضي] (٢) أو بوجه المبايعة كان له أخذ الثمن من أيدي الورثة، ويجوز فعلهم ويسقط من جملة الثمن نصيب الوارث الذي اشتراه؛ لأنه لم يشتر نصيب نفسه ، وإنما اشترى سهام بقية الورثة .

فإن لم يحمله الثلث كان [الموصى] (٣) له في الاتباع [فيما](٤)

(١) سقط من أ .
(٢) سقط من أ .
(٣) سقط من أ .
(٤) في أ : فهل .

يحمله الثلث منه على نحو ما مضى إذا حمله الثلث ؟

فأما إذا كانت الوصية في جنس بعيه ؛ مثل أن يوصى له بعبد من عبيده أو بدار من دُوره من غير أن يعين عبدًا ،ولا دارًا كان الموصى له شريكًا للورثة ، وهو في ذلك بمنزلة وارث طرأ على الورثة ،فإن خلف الميت ثلاثة أعبد أو ثلاثة آدر كان شريكًا بالثلث ، وإن كانوا أربعة فالربع.

ثم لا يخلو ذلك الجنس الذي فيه الوصية من أن يكون مما يعتدل في القسم أم لا ؛ فإن كان مما يعتدل في القيم حتى يخرج للموصى له عبدًا أو دارًا كان له أن ينقض القسمة ثم يقرع بينهم ، فيأخذ ما يخرجه له القسم .

فإن كانوا لا يعتدلون في القسم ، هل تنقض القسمة أم لا ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أن القسمة تنتقض .

والثاني : أنها لا تنتقض ، ويكون شريكًا في كل عبد ، وفي كل دار بقدر وصيته ، وهو المشهور .

فأما إذا أوصى له بجزء مثل أن يوصى له بثلث عبيده ، أو بثلث دياره، ولم يكن له مال سوى العبيد أو الدور : فالجواب فيه كالجواب إذا أوصى له في جنس بعينه ، وقد قدمناه .

فإن كانت التركة على دنانير ودراهم وعروض ورِبَاع : فلا تخلو من أن تكون وصية مطلقة ، أو مقيدة .

فإن كانت مطلقة ؛ مثل أن يوصى له بثلث جميع ماله ، والثلث يحتمل ذلك : فإنه يكن شريكًا للورثة في كل ما قلّ وجلّ ، وتنتقض القسمة فيما عدا العين من المعدود من العروض ، وجميع الرباع إن كانت تحتمل القسمة ، قولاً واحدًا .

وفي انتقاضها في العين والمكيل والموزون ،وفيما لا ينقسم من الرباع

قولان.

وسبب الخلاف : هل يُغلَّب في ذلك حق الله فتنتقض ، أو يُغلَّب حق الآدمي ثم لا تنتقض .

فإن كانت وصية مقيدة في عين بعينه ؛ مثل أن يقول : ثلث مالي لفلان يأخذها في الدار الفلانية أو في العبد الفلاني ، فإن حمل ذلك الثلث: كان له أخذ ذلك من يد من هو فيه من الورثة ، ويرجع على الورثة كما لو أوصى [له] [1] بذلك الشيء بعينه وحمله الثلث .

فإن لم يحمله الثلث : فإنه يكون شريكًا بما حمل الثلث من ذلك العين مع الورثة ، وهو في ذلك كواحد منهم .

فأما طروء الموصى له على الموصى لهم : فلا يخلو الطارئ من أن تكون وصيته في شيء بعينه ، ووصية الأول في شيء آخر بعينه ، أو كانت وصية الأول في عين بعينه ، ووصية الطارئ في شيء غير معين .

فإن كانت الوصيتان في عين بعين [مثل أن تكون للأول بعبد بعينه][2] فأخذه ثم طرأ آخر بوصية بعبد آخر صار إلى أحد الورثة ، فإن كان الثلث يحمل الوصيتين جميعًا : مضى الأول لمن أخذه ، ويرجع الطارئ على من أخذ العبد من الورثة ، فيأخذه منه .

وإن كان الثلث لا يحملهما : فإن الطارئ يأخذ من وصيته قدر ما ينوبه في المحاصة ثم يرجع الورثة على الموصى له الأول بما فضل عنده بما ينوبه في المحاصة .

فإن اختلفت الوصيتان ؛ مثل أن تكون الأولى في عبد بعينه ، أو دارًا

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

بعينها ، والثانية بعبد أو بدار غير معينة ، فإن حمل الثلث الوصيتين جميعًا: كان مقال الطارئ مع الورثة دون الموصى له الأول .

فإن كان الثلث لا يحملهما : كان له الرجوع على الفريقين ؛ فيرجع على الموصى بما فضل عنده ، ويرجع على الورثة بما فضل عندهم من ثلث الميت .

واختلف هل يكون كوارث طرأ على ورثة ، فيتبع الموسر بما كان يتبعه لو استووا جميعهم في اليسر ، أو هو كغريم طرأ على ورثة ، فيأخذ وصيته من جميع ما بيد الموسر ؟

فالمذهب في ذلك على قولين :

والجواب عن السؤال الثاني : في طروء الوارث على الورثة بعد القسمة، وقد أومأنا بأن هذا الفصل مذكور قبل هذا لكنا نذكر هنا طرفًا منه غير مستوعب هناك ، فنقول : وقد اختلف المذهب في طروء الوارث على الورثة ، هل يتبع كل واحد [منهم] [١] بما ينوبه وجدهم أملياء أو عدمًا أم لا ؟على قولين :

أحدهما : أنه يتبع كل واحد منهم بقدر ما يَنُوبه من ميراثه ، ولا يأخذ المَلِي بما على المُعْدَم ،وهو قول ابن القاسم ، وهو مشهور المذهب .

والثاني : أنه إذا وجد واحدًا من الورثة شاركه فيما بيديه حتى كأنه لم يترك الميت غيرهما ، ثم يتبعان بقية الورثة ، فمن أيسر منهم دخلوا معه ، وساووه وهكذا حتى يعتدلوا كغريم طرأ على الورثة ، وهو قول أشهب ، وابن عبد الحكم في « الموازية » ،وعلى هذا القول بنى محمد بن المواز المسألة الواقعة [في كتابه] [٢] فيمن هلك وترك امرأة وابنًا ، فأخذت المرأة

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

الثُمن ، وأخذ الابن سبعة أثمان ، ثم طرأت امرأة أخرى ، فوجدت صاحبتها معسرة ،والابن موسرًا : حيث قال : بأن الطارئة ترجع على الابن بثلث خمس ما صار له ،وهو جزء من خمسة عشر جزءًا .

يريد أن جملة المال ثمانية للمرأتين ثمن غير مقسوم عليهما ،فانكسرت الفريضة ،فصحت من ستة عشر ،فللابن أربعة عشر ،وللحاضرة جزء ، وللطارئة جزء ، وقد أخذت الحاضرة أكثر من نصيبها ، فكان الباقي مقسومًا على ما لكل واحدة ، فللطارئة جزء ،وللابن أربعة عشر جزءًا ، فلهذا [ق/ ٢٠٥ب] وجب لها على الابن جزء من خمسة عشر جزءًا مما أخذ ؛ لأن ما مضى عند المعسرة كالذاهب ،وكأنه لم يكن .

وعلى [هذا][1] القول ، فإن الطارئ يرجع على كل واحد من الورثة بمقدار ما ينوبه : فإنها لا ترجع إلا على صاحبتها متى أيسرت ؛ لأن [الابن] [2] ليس في [يديه] [3] إلا حقه فقط .

فلو قالت الطارئة لما قدمت [قد] [4] صار إلى ميراثي كان ذلك كقولها: قد تركت لكما ميراثي لا حاجة لي به :فإن القسمة تنتقض على قول أشهب ،وابن عبد الحكم ، ويقتسمان على خمسة عشر جزءًا للابن أربعة عشر جزءًا ولهذه جزء، ويعلم أنه قد صار لهذه الطارئة مثل ما أخذت هذه الحاضرة من الابن،فيصير ذلك ستة عشر سهمًا،فتقسم على العدل .

وأما على قول ابن القاسم ، فلا تنتقض أصلاً ؛ لوصول كل واحد منهما إلى حقه .

❑❑❑

(١) سقط من أ .
(٢) في أ : ابن القاسم .
(٣) في ب : يده .
(٤) سقط من أ .

المسألة الثالثة عشر
في أجرة [القسَّامة] [١] وشهادتهم على ما قسموا

فأما أجرتهم فلا تخلو من ثلاثة أوجه :

أحدها : أن تكون أجرتهم راتبة في بيت مال المسلمين .

والثاني : أن تكون أجرتهم في مال الأيتام قسموا أو لم يقسموا .

والثالث : أن يستأجروهم أهل التركة على أن يقسموا بينهم .

فأما الوجه الأول : إذا كان [للقسَّام] [٢] رزقًا مطلقًا برسم من بيت المال : فلا بأس به ،ولا يجوز لهم مع ذلك أن يأخذوا من [التركة] [٣] قليلاً ولا كثيرًا ؛ كالقاضي المرتزق .

وقال ابن القاسم في « العتبية » : وينبغي للإمام أن يختار رجلاً يرضاه يقيمه لذلك ،ويجري له عطاء مع الناس كما يجري للقاضي وغيره ممن يحتاج إليه المسلمون.

وأما الوجه الثاني : إذا كان يفرض لهم من أموال اليتامى ـ قسموا أو لم يقسموا ـ يجعل لهم على الناس جُعلاً معلومًا : فهذا حرام لا يحل بالإجماع ،وبه علل سحنون مرة في الكتاب ،وقال : لأنه يفرض لهم من أموال اليتامى .

وأما الوجه الثالث : إذا [لم يكن] [٤] لهم رزق في بيت المال ، ولا

---

(١) في ب : القسام .
(٢) في ب : للقاسم .
(٣) في ب : التركات .
(٤) في أ : كان .

رَسَم لهم في التركات جُعلاً معلومًا ، ومن احتاج إليهم استأجرهم : فهذا لا خلاف في جوازه إذا كان القاسم عدلاً عارفًا بأحكام القسمة .

وإنما اختلف هل يجوز ذلك بغير كراهة ،أو يجوز مع الكراهة على قولين قائمين من « المدونة » :

أحدهما : الجواز من غير كراهة ،وهو قوله في « كتاب الوثيقة » .

والثاني : الجواز مع الكراهة ، وهو ظاهر قوله في « الكتاب » : « وقد كان خارجة ،ومجاهد [يقسمان و] [١] لا يأخذان لذلك [جعلاً] [٢]» ، وهو نص قوله في « كتاب ابن حبيب » .

فإذا وقعت الإجارة على قسمة الفريضة ، هل تكون على عدد الرؤوس أم على عدد الأنصباء ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنها على عدد الرؤوس ؛ لأن استخراج السهم القليل أشد على القاسم من استخراج السهم الكثير ؛ لأنه يحتاج إلى بسط الفريضة ونشرها ، إلا إذا كان فيه السهم القليل كالثمن والسدس ؛ إذ لا تكاد تسلم من الانكسار في أغلب الأحوال ،وهو قول مالك في الكتاب .

والثاني : أنها على عدد الأنصباء ، وهذا القول أيضًا يؤخذ من المدونة من مسألة الشفعة ، وهو الأظهر في النظر ؛ لأن [ق/١٩٨/ ٢ـ أ] كل واحد لا يؤدي إلا على قدر العناء في حقه ، وهو قول أصبغ في أجرة كاتب الوثيقة .

وأما أجرة كاتب الوثيقة : فلا تخلو من وجهين :

---

(١) سقط من أ .

(٢) في ب : أجرًا .

أحدهما : أنه يصدر الوثيقة ،ولا يشهد فيها .

والثاني : أنه يصدرها ويشهد فيها .

فإن كان يصدر الوثيقة، ولا يشهد فيها : فهذا لا إشكال في جواز أخذ الأجرة على ذلك، وهل ذلك بكراهة أو بغير كراهة أم لا؟ على قولين.

وهل ذلك على عدد الرؤوس أو على عدد الأنصباء ؟ قولان :

أحدهما : أن ذلك على عدد الأنصباء ، وهو قول أصبغ .

والثاني : أن ذلك على عدد الرؤوس ،وهو قوله في« كتاب الأقضية » من « المدونة » .

فإذا ثبت ذلك ، فعلى من تكون هذه الأجرة ، هل على الدافع ، أو على القابض ، أو عليهما معًا ؟

فهذا يحتاج إلى تفصيل وتحصيل ؛ فنقول : لا يخلو هذا المال من أن يكون فيه عمل الفريضة ،وحساب الأجزاء ، أو لا يكون فيه إلا الدفع خاصة .

فإن كان فيه عمل الفريضة ، وحساب الأجزاء ، والقبض ، والدفع : فإن الأجر في ذلك على جميعهم ، قولاً واحدًا ؛ لأن المنفعة في ذلك لهم جميعهم ، ولولا عمل حسابهم لم يطل ،ولم يكثر كتابها ،ولا حقق ما يقبض كل واحد منهم ، ولا تفاضل بعضهم من بعض .

فإن لم يكن فيها عمل ولا حساب ، وإنما هو مجرد القبض لا غير ، وليس فيه قسمة ولا كبير عمل ، وإنما هو توثقة للدافع ، وبراءة له : ففي هذا الوجه اختلف المذهب على ثلاثة أقوال :

أحدها : أن الأجرة كلها على الدافع [وحده] [1] ولا شيء على

(١) سقط من ب .

الآخرين ، وهو قول سحنون .

والثاني : أن الأجرة على القابض ، ولا شيء على الدافع ، وهو قول ابن القاسم في سماع عيسى في « العتبية » .

والثالث : أن الأجرة عليهما جميعًا ـ على الدافع والقابض ـ وهو قول ابن القاسم عن مالك في « المدونة » في « كتاب القسمة » ،و« كتاب الأقضية» .

فوجه قول من قال : إن الجعل على الدافع وحده ؛ لأن المنفعة في التوثق وحده ، فعليه أن يوثق لنفسه بما يبرئ به ذمته .

ووجه القول الثاني : أن [المنفعة في] (١) التوثق للقابضين لئلاً يتوجه له عليهم دعوى ، أو لأحد من سببه أنه دفعه إليهم قرضًا ، أو قراضًا ، أو وديعة ، أو دينًا كان لهم عليه ،ولهم فيه منفعة أيضًا من وجه آخر مخافة أن يطرأ عليهم وارث أو غيره ، فمن يثبت له في هذا المال حق ، فيدعي عليهم أنهم قد قبضوا أكثر مما اعترفوا به ،ولا شيء على الدافع ؛ لأنه متطوع بقبض المال ، والنظر فيه بغير منفعة له فيه إلا إعانة مسلم لمسلم ؛ لأن المال في غير ذمة ، وهذا كله في مثل الوديعة ، والقراض .

ووجه القول الثالث : أن المنفعة في ذلك للقابض والدافع ،ولا مزية لأحدهما على الآخر .

فأما الوجه الثاني : إذا كان يصدر الوثيقة ويشهد فيها ، فهل يجوز أخذ الجعل عليها أم لا: أما الجواز فقد استمر عليه عمل أهل الزمان في مشارق الأرض ومغاربها ، واتخذ الشهود أسواقًا في أمهات البلاد يبيعون فيها الشهادة بالدراهم ، والفلوس ،وجعلوا ذلك أحد الحرف ، وأطيب

---

(١) سقط من أ .

المباحات، فليت شعري من أين لهم ذلك ، وهل أوتوا في ذلك نصوص من إمام المذهب أبي عبد الله مالك بن أنس رضي الله عنه أم اغتروا بما وقع له في أمهات المذهب من إطلاق الكلام في أجرة كاتب الوثيقة؟

فإن وقفوا على نص مالك رحمه الله أو واحد من أصحابه أنه يجوز للشاهد أن يأخذ الجعل على شهادته فسمعًا وطاعة وحبًا وكرامة ، فإن لم يكن إلا التعلق بالظواهر فهيهات ،وأنى ترجى النجاة لغريق يتعلق بأرجل الضفادع ؛ بل الذي دلَّت عليه ظواهر المذهب خلاف ذلك ،وأن ذلك لا يجوز منها ، وأن ذلك من باب الشهادة بجعل ، ولا أظن يخالف أحد من المسلمين أن رجلاً لو سأل شاهدًا أن يشهد له على حد أو حق ، فقال : لا أشهد لك إلا بجعل ، أن ذلك لا يجوز ،وأن شهادته إن شهد على ذلك الوجه مردودة ساقطة [ ] (1) جوز بعض أرباب المذهب لمن طلب الشهود في البادية أن يؤدوا له الشهادة عند القاضي في البلد ، ومسافتهم بعيدة : أن يكري لهم دوابًا يركبونها للضرورة الداعية إلى ذلك ،ومن ذلك يؤدي إلى إسقاط الثقة بشهادته ؛ لأن الحرص على أخذ الجعل يحمله على ترك الاستقصاء في تحمل الشهادة على وجهها ؛ ولأنه من باب الجار إلى نفسه .

ومنها أيضًا على ما هو عوهد من أحوالهم في [الحواضر] (2) أنهم يشتركون فيما يأخذونه من الجعل ، وذلك أيضًا فيه ما فيه ؛ لأنهم لا يخلو من أن يكون الشريكان في حانوت واحد ، أو في حوانيت .

فإن [كانا] (3) في حانوت واحد : فلا يخلو من أن يتساويا في الجعل، أو يختلفا .

---

(1) قدر كلمتين لم نتمكن من قراءتهما .

(2) في أ : الحاضر .

(3) في أ : كانوا .

فإن تساوت سهامهما [في ذلك] [١] : كان من أكل المال بالباطل ؛ لأن أحدهما يصدر الوثيقة ويشهد فيها ، والآخر يشهد خاصة ، ومعلوم أن الذي يصدر الوثيقة ، ويشهد أكثرعناءً من الذي يضع اسمه خاصة ، وشركة الأبدان مبنية على التساوي فيه العمل ، والاعتدال على مشهور المذهب .

فإن اختلفت سهامهما في الجعل ، وأنه يقسم على قدر عملهما ، فكيف يُدْرَك ذلك ويُعْرَف ؟ ومن الوثائق ما يطنب فيها الكلام ، ويحتاج فيها الموثق إلى أتعاب القرعة في استنتاج المقاصد ؛ لأن الموثق مصنف ، ومنها ما يختصر في الكلام ، ومثل ذلك لا يتمكن فيه التجزئة .

فإن افترقا فيه حانوتين : فقد زاد على ذلك الوجه في المنع وجه آخر ؛ وهو اختلاف المواضع ، وشركة الأبدان إنما جازت في مشهور مذهب مالك بثلاثة شروط :

اتحاد الصنعة ، واتحاد النفعة ، وعدم التفاضل ، إلا الشيء المغتفر ، على ما أشبعنا فيه الكلام في « كتاب الشركة » .

فكيف تقبل شهادة من تعرض لهذه المشكلات وتورط في هذه [الشبهات] [٢] وبنى أصل دينه على الخلافيات ، والله تعالى يقول في محكم كتابه : ﴿ **وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ** ﴾ [٣]، وقال سبحانه : ﴿ **كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ** ﴾ [٤].

ومن يأخذ الجعل على وضع الشهادة فما أقامها لله ، ولا شهد لله ؛بل بل هو شاهد لنفسه ، ومغتنم فلسه ، وذلك مما نستجير الله فيه .

(١) في أ : فيه .

(٢) في ب : الشهادة .

(٣) سورة الطلاق الآية (٢) .

(٤) سورة النساء الآية (١٣٥).

وأما شهاد القسَّام فيما قسموه إذا تنازع فيه الورثة ،وأنكروا القسمة ، أو اعترفوا بها إلا أنه يتجاوز بعضهم إلى حق صاحبه ، هل تقبل شهادتهم أم لا ؟

فلا يخلو من أن يكون ذلك ببعثة الحاكم ، أو ببعثة الورثة ؛ فإن كان ذلك ببعثة الحاكم : فلا يخلو الحاكم الذي يرفع إليه القاسم الشهادة من وجهين :

إما أن يكون هو الذي بعثه ، وإما أن يبعثه غيره ممن درج من الحكام.

فإن كان هو الذي بعثه ،فهل تقبل شهادته أم لا ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أن شهادة القَسَّام في ذلك جائزة ، والحاكم يقبلها إذا علم الآن أنه أمره بذلك ، وكذلك كلما لا يباشره القاضي بنفسه من القود ، ولا خلاف والنظر إلى العيب ، وهو قول ابن الماجشون في « العتبية » .

والثاني : أن شهادة القسام في ذلك لا تقبل ؛ لأنهم شهدوا على فعل أنفسهم ، وهو قول سحنون في « كتاب ابنه » ، وهو ظاهر قول ابن القاسم في « المدونة » ؛ لأنه أطلق المنع في « الكتاب » ، ولم [يُفَصِّل](١) .

[و] (٢) القول بجواز شهادتهم ،هل يجزئ من ذلك واحد ، أو لابد من اثنين ؟

فالمذهب على قولين ، ومشهور المذهب أن الواحد يجزئ من ذلك .

وسبب الخلاف : هل طريقه طريق الخبر ، أو طريقه طريق الشهادة؟

فإن انقضى الذي بعثهم إلى القسمة، وتولى النظر غيره ، أو كانوا ببعثة

---

(١) في أ : يقصدوا .

(٢) سقط من أ .

الورثة ، وهو الوجه الثاني من أصل التقسيم : فلا يخلو من أن تقوم له البينة على بعثهم ، أو لم تقم .

فإن لم تقم بينة عادلة على بعثهم : فلا تقبل شهادتهم ، قولاً واحداً.

فإن قامت البينة على أن القاضي الذي درج قد بعثهم ،وأنه قد نفذ قسمتهم ، وأن الورثة تراضوا بذلك والتزموه بعد القسمة ، فهل يقبل المتولي النظر بشهادتهم أم لا ؟ على قولين :

أحدهما : أن شهادتهم جائزة ، وأنه يلزم الحاكم العمل بمقتضاها ، وهو قول ابن حبيب في « الواضحة » وغيرها .

والثاني : أنها لا تجوز جملة بغير تفصيل [وهو قول سحنون] [١] في كتاب ابنه ،وهو ظاهر « المدونة » على ما قدمناه [والحمد لله وحده][٢].

❑❑❑

(١) سقط من أ .

(٢) زيادة من ب .

المسألة الرابعة عشر
في صفة القسمة في الرِّياع والأرضين والأشجار [وكيف] (١) تبدية [بعض] (٢) السهام على بعض في الخروج [ق / ٢٠٦ ب]

أما الرِّياع : فإنها تنقسم بالقيمة ، لا بالقياس ،وقد اختلف في الطريق هل يرفع قبل القسمة ،أو تجوز القسمة على أن يكون بنصيب أحد الورثة ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أن الطريق يرفع من باب الدار إلى أقصى بيوتها ،فيطرح ذلك ،ولا يحسب على أحد ، ثم يقوم الباقي فيقسم على الأنصباء بالقيمة، وهو مذهب سحنون في « العتبية » .

والثاني : أنه يجوز أن يضاف الطريق إلى سهم أحدهم ، ويكون له ملكًا ، وللباقين فيها الممر ، وهو قول ابن القاسم في « المدونة » .

وصفة القسم في ذلك أن يوازي القاسم البيوت بالقيمة فيُقَوِّم كل بيت، وما لها من مرفق على حِدَة ، فيجزئ بيوت الدار [ق/ ١٩٩/ ٢ـ أ] على عدد سهام الفريضة ، فإذا اعتدلت في القيمة وصح [في كل سهم] (٣) ما ينتفع به صاحبه ، فيرمي بينهم بالسهام .

فإن لم يحصل لكل واحد منهم ما ينتفع به ، أو كان يصح لصاحب النصيب الكثير دون صاحب النصيب القليل ، فهل يقسم بينهم أم لا ؟ وقد

(١) سقط من ب .
(٢) سقط من ب .
(٣) في ب : في كل واحدٍ منهم .

تقدم الكلام على ذلك في مسألة مفردة .

واقتسام الدار مع الساحة تقدم عليه الكلام أيضًا ، فلا نعيده مرة أخرى .

فإن خرج نصيب أحدهم في بيت ونصف بيت ،هل يتم عليه القسم الذي يليه أو يشتركان في بيت كما قال في [قسمة] (١) الشجر أم لا ؟

وهذا يتخرج على قولين :

أحدهما : الجواز ؛ قياسًا على الشجر للضرورة [الدَّاعية] (٢) إلى ذلك .

والثاني : أن ذلك لا يجوز ؛ لأن الاشتراك في الشجر يخالف الاشتراك في البيت ؛[إذ ليس عليهم بالاشتراك في الشجرة كبير ضرر ،وعليهم في البيت] (٣) الضرر الكثير إذا كان البيت صغيرًا لا ينقسم في نفسه ، وأما إذا كان يحمل القسم : فلا ضرر عليهم في ذلك .

وأما قسمة الأرضين : فإنك تنظر ، فإن اتصلت الأرض ، وكانت كلها متساوية في الكرم ،والدناءة : فإنها تقسم بالقياس .

وإن اختلفت ، وكان بعضها كريم ، وبعضها رديء : فبالقيمة على قدر تفاضلها ، فيقع لواحد مبذر قفيرين في النصف ، لكرم الأرض ، ويقع للآخر مبذر عشرة أقفزة ؛ لدناءة الأرض ، إلا أن القيمة مستوية .

فإن استوت ، فبالقياس على ما ذكرنا ، فيأخذ ساحة الأرض على قدر سهامهم ، ويعرف ما لكل واحد من الأسهم ، فيعطيه من القيس بقدره ،

---

(١) في ب : مسألة .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

فإن كان في الفـريضة السدس ،فعلى ستـة أجزاء يجزئ الأرض ، وإن كان فيها الثمن ، فعلى ثمانية ، فإن انـكسرت ، وبلغت أكثر من ذلك فعلى ما انتهت إليه سـهام [المسألة] (١) يقسم ويسهم بينـهم على ما نصف إن شاء الله .

وإن اختلفـت : فإنه يقوم الأرض قيمة عـدل ، ثم تقسم تلك الـقيمة على أقلهم [سهامًا] (٢).

وأما قسمة الشجـر ، فوجه العمل فيها على ما حـكاه ابن عبدوس عن سحنون ؛ وهـو أن يقوم القاسم كل شـجرة على حدة بالـعدل إن كان من أهل المعرفة بـقيمة ذلك الموضع ، وإلا جمـع لذلك أهل المعرفة بالـقيمة ، ويسأل أهل المعرفـة والخبرة عما عرف من حمل كل شـجرة ، فرب شجرة لها منظرة ، ولا مخـبرة لها ، وأخرى يكثر حملها ،ولا مـنظرة لها ، فإذا قوم ذلك جمـع جميع القيمـة ، فقسمها عـلى قدر السهام حتـى يعرف ما ينوب كـل سهم ثم يضرب الـسهام بأي الطرفـين يبدأ ، فإذا عرفت كـتبت أسماء الأشراك كل واحد في رقعة ، ثم يدخلها في كمه فيخلطها ،ويخرج أول سهم ثم ثاني ثم ثالث ثم رابـع إلى آخر ذلك ، فإذا تمت بدأها بالأول على تـواليها ، فأعطـاه من الناحيـة التي وقع علـيها السهم أولاً ،فـأعطاه شجرة شجرة حتى يكمل له ما صار [له] (٣) من جملة القيمة .

فإن استوفى كمال شجره : فقد استوفى ، فإن لـم يأت حقه على كمال شجرة ، وبقى له كسر من القيمـة : أعطى ذلك في شجرة ، فكان شريكًا فيها بقدر ما بقى له ، ويأخذ من بعده من الشجرة يضم إليه تمام حقه.

---

(١) في أ : السلمة .
(٢) في ب : سهمًا .
(٣) سقط من أ .

وقد اختلف قول مالك في الكتاب [في أربعة فصول في مسألة القسمة أولها قوله : لا يجمع نصيب اثنين في القسم إن أرادوا. وقال في أول الكتاب] (١) : لا يجمع بين رجلين في القسم ،وهو قول ابن القاسم في مسألة العصبة [إذا أرادوا أن يجمعوا نصيبهم ، وتسويغ مالك ذلك لهم،وذلك عندي في العصبة] (٢) خاصة دون جميع أهل الميراث ، فقالوا: هذا التأويل الذي تأوله ابن القاسم على مالك خلاف قول مالك ، وغير مراده ، ولم يرد مالك أنه جميع الأنصباء في سهم واحد في جميع الأقسام بالقرعة ، وإنما أراد بذلك إذا انفرد سهم كل واحد منهم .

وأما إذا اختلفت أنصباؤهم ، فكان لقوم منهم الثلث ،وللآخر منهم [السدس وللآخرين منهم] (٣) : فإنه يجمع أهل كل سهم في القرعة عليه، وإن كرهوا .

وبذلك فسره عن مالك في العتبية ابن نافع ،وأشهب ، ومثله في «كتاب ابن حبيب » عن عبد الملك ،ومطرف ، وأصبغ ، وقال : هو قول مالك ،وجميع أصحابه ؛ فإذا خرج سهمهم من الفريضة : قسم لهم على رؤوسهم إن أحبوا ذلك ودعوا إليه،وقوله في « المدونة » في الولد كقوله في العصبة حيث قال : ويضرب لهم في الناحية الثانية فما خرج للمرأة أخذته وضم باقي بعضه إلى بعض فقسم بين الورثة ، فهذا يدل على أنه إنما يضرب لهم [بسهم] (٤) واحد لحاجته بعد إلى القسمة عليهم [مرة] (٥) أخرى ، كما قال في العصبة ، فابن القاسم تأول على قول مالك أنه لا

(١) سقط من أ .
(٢) سقط من أ .
(٣) سقط من أ .
(٤) في أ : سهمهم.
(٥) سقط من أ .

يجمع سهم اثنين جملة ـ اتفقا أو اختلفا ، رضيا أو كرها ، جمعهم سهم أو فرقهم إلا العصبة إذا رضوا .

وغيره تأول على المشهور أو المنصوص له في غير المدونة أنه يجمع سهم أهل كل سهم في سهم واحد ، ويضرب لهم به شاؤوا ذلك ، أو كرهوا ، ثم هم بعد ذلك بالخيار إن شاءوا أن يبقوا على الشركة في سهمهم ،وإن شاؤوا استأنفوا القسمة فيما بينهم .

الفصل الثاني : في تفسير هذه القسمة في قوله في الكتاب : إذا تشاحوا ضرب القاسم بأيِّ الطرفين [يبدأ فعلى أي الطرفين] [١] خرج السهم ضرب عليه أولاً ، فمن خرج سهمه عليه أخذه وضم إليه بقية حقه ، فإن تشاحوا أيضًا ضرب على أي الطرفين يبدأ به ، فكذلك أبدًا ، حتى إذا لم يبق إلا اثنان : ضرب على أيِّ الطرفين شاء ، ولم يلتفت إلى تشاححهما ؛ لأن الضرب على أحد الطرفين لأحدهما ضرب للآخر ، كذا وقع في بعض روايات المدونة .

وفي رواية ابن وضاح على ما ذكره ابن أبي زمنين : أنه إذا ضرب على أي الطرفين يبدأ بالقسم ، فمن خرج سهمه في ذلك الطرف : أُعطيه ، وأكمل له ،ولا تبالى كانت زوجة ، أو أمًّا أو ابنة ، ثم تقسم ما بقي على أقل من بقى منهم سهمًا ، ويستأنف القسمة ، والقرعة على أيِّ الطرفين يبدأ ، هكذا قال ابن أبي زمنين ، وأنكر ذلك سحنون ، وكان يرى القاسم على أقل الأنصباء من أولها حتى تنفذ السهام ، وكذلك روى عن ابن القاسم وغيره في غير المدونة .

الفصل الثالث : [قوله] [٢] يُسْهم للزوجة على أي الطرفين .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

قال ابن لبابة : مذهبه في الزوجة وغيرها سواء يبدأ بالضرب لصاحب النصيب القليل على صاحب النصيب الكثير ، ويجعل في الطرف ، وكذلك ذكره فضل عن ابن الماجشون ، وذكر عن المغيرة أنه يسهم للزوجة حيث خرج سهمها ، ومثله قال ابن حبيب ، وذكر عن عبد الملك القولين جميعًا ، ورجح أن يكون لها حيث خرج ، قال : ابن عبد الحكم : إنما هذا إذا كانا نصيبين ؛ يريد أن مالكًا إنما قال ذلك للضرورة ، والقسمة تقتضي أن تكن في طرف ولابد ، ومثلها بما تشابهها مما تكون فيه القسمة بين اثنين أو بين سهمين [ووافق] [١] ابن عبد الحكم على هذا التأويل فيما إذا وقع التشاحح على أحد الطرفين في صورة القسمة ابن حبيب وغيره ، لكن ابن حبيب [خالفه] [٢] في صورة إلقاء السهام ، فقال : إنما [يأخذ سهمين][٣] فيلقيهما على الطرفين ، من هنا واحد ، ومن هنا واحد ، ثم أعاد لمن بقي وتشَاحًّا هكذا حتى يتم القسم .

وقد قال : فضل هذا [يرجع] [٤] إلى ما قال ابن القاسم ، لكنه [اختصر][٥] وأقل عناء ، وقد طرح سحنون كلام ابن القاسم في المسألة كلها، وتفسيره يخالف أصل مالك ؛ وذلك من قوله : ثم يضرب أيضًا بالسهام لما بقي منهم ، إلى قوله : [و] [٦] هذا تفسير مني لقول مالك .

وقال ابن [أبي] [٧] زمنين : اختلف [أصحاب] [٨] مالك في صفة

(١) في أ : وروى .
(٢) في أ :قاله .
(٣) في أ : يؤخذ سهمان .
(٤) في ب : يسمع .
(٥) في أ : أخصر .
(٦) سقط من أ .
(٧) سقط من أ .
(٨) سقط من ب .

القسمة ، واختصرها على رواية ابن وضاح ، وكان سحنون ينكر هذه الرواية ،ويرى أن يقسم على أقلهم سهمًا حتى تنفذ السهام ، وروى ذلك عن ابن القاسم وغيره ، وهو أصل قول مالك .

الفصل الرابع : في معنى التشاحح المذكور من حيث يبدأ [القاسم] (١) فظاهر قول ابن القاسم وغيره : ما تقدم من الضرب على أيٍّ طرف يبدأ به.

فأما ابن لبابة : فخالف في تأويل معنى قوله : « فإن تشاحوا على أي الطرفين يبدأ أولاً » ،وقال : إنما معنى ذلك أن يقول بعضهم : تقتسم الأجزاء من قبلة إلى جوف ، وقال آخرون : بل من شرق إلى غرب ، فلا اعتراض لهم في ذلك ، فإن القاسم يضرب بأي جهة يقسم إليها الأجزاء فإذا ضرب عليها ، وخرجت ضرب بمن سبق وعلى أي طرف يبدأ ؛ إذ قد تختلف أغراضهم في ذلك لكون جهة الغرب مثلاً أقرب لأرض أحدهم ، فيريد أن يقع سهمه هناك ، فيضمه إلى أرضه ، أو يكون أقرب لمنزله ، أو لمجاورة من يريد مجاورته ، أو لمنفعة يرجوها هناك ، فيريد أن يخرج نصيبه بتلك الجهة ، فإذا جعلت رؤوس السهام عن تلك الجهة خرج له طرف سهمه إليه بكل وجه ، فإن جعل بخلاف ذلك عرضًا ، فقد يقع سهم غيره في ذلك ، ويحول بينه وبين مراده ومرغوبه .

قال ابن لبابة : ولا وجه لتشاحح الورثة إلا على هذا ، وأما على قول ابن القاسم : فلا وجه له ؛ لأن الضرب لأحدهم ضرب لجميعهم ، كما قال : إذا بقي سهمان ويريد أن يخرج السهم للضرب ، ولا يدري لمن هو فحكم ضربه للواحد كحكمه للجميع ؛ لأنه غير معين ، فلا وجه فيه للتشاحح .

---

(١) في ب : القسم .

قال ابن لبابة : ولا يمكن التشاحح على الضرب بأي الطرفين يبدأ إلا في اختلافهم إذا طلب القليل النصيب أن يبدأ بأحد الطرفين ، وهذا على ما تقدم من قول من قال : يضرب لأقلهم نصيبًا في أحد الطرفين ، فيكون سهمه هناك معلوم ، فمن حقه وحق غيره ألا يحصى طرفًا باختيار أحدهم، أو اختيار القاسم حتى يسهم بمن يبدأ له بقرعة أخرى ، فإذا خرج سهمه على أحد الطرفين أخذه .

فأما إذا لم يكن على هذا الوجه ، واعتدلت [ق/ ٢٠٠/ ٢ ـ أ] على الطرف الذي يبدأ به إلا ما ذهب إليه ابن لبابة ،وهو الأظهر ومسألة الاستحقاق إذا وقع بعد القسمة وجد أحدهما ببعض ما أخذ عيبًا ؛ قد تقدّم الكلام عليها في « كتاب البيوع » في « التدليس بالعيوب » بما يغني عن إعادتها ،والحمد لله وحده .

❑❑❑

كتـاب الوديعة



كتاب الوديعة

تحصيل مشكلات هذا الكتاب ، وجملتها ثمانية مسائل :

المسألة الأولى

فيمن استودع وديعة فاسترفعها لبعض عياله

فلا يخلو من ثلاثة أوجه :

إما أن يسترفعها لزوجته ،وإما أن [يسترفعها] (١) لخادمه ، وإما أن [يسترفعها لعبده أو أجيره] (٢) .

فإن استرفعها لزوجته ، فلا يخلو من أن تكون عادته الرفع لها ، أو لم تتقدم لها في ذلك عادة ، فإن كانت عادتها الرفع له في ذلك ، وأمثاله فلا ضمان عليه إن تلفت الوديعة قولاً واحدًا ، وإن لم تتقدم لها في ذلك عادة، فهل يضمن ما ضاع بعد رفعها أم لا ؟ على قولين قائمين في المدونة:

أحدهما : أنه لا ضمان عليه ،وهو المشهور ، وهو قول مالك ، وابن القاسم في أول كتاب الوديعة من المُدونة ، وقال ابن القاسم [ق/٢٠٧ب]: « لأن هذا مما لابد له منه ، ومن يرفع له إلا زوجته .

والثاني : أنها إذا لم تتقدم لها عادة معه برفع الوديعة وأمثالها ، فهو ضامن ؛ لأنه في حكم المودع لغيره دون ضرورة ، وهو ظاهر قول ابن القاسم في الكتاب أيضًا ،حيث قال بعد الاحتجاج : فكذلك في زوجته وخادمه اللتين يرفعان له لا ضمان عليه إذا دفعها إليهما ليرفعاها في بيته .

---

(١) في أ : يستخدمها .

(٢) في أ : يسترقها لخديمه وأجيزه .

وعليه حمل بعض الشيوخ كلامه في الكتاب .

والصحيح : القول الأول ، ويدل عليه قياس ابن القاسم لها على قول مالك : إذا خاف فاستودعها [غيره] (١) أنه لا يضمن ، قال : وذلك امرأته ، وقال الشيخ أبو عمران : كأنه يقول إذا احتاج إلى رفع زوجته من أجل أنها ترفع له ، وتطّلع على أسراره جاز للضرورة ، كما جاز للذي أراد سفرًا أو خرب منزله .

وأما العبد والأجير ممن هو في عياله ، فلا يخلو من أن يكون عادتهما الرفع له أم لا .

فإن كانت عادتهما الرفع له ، [وأنه] (٢) ائتمنهما على ذلك وأمثاله ، فهل هما كالزوجة أم لا ؟

على قولين متأولين على المدونة :

أحدهما : أنهما كالزوجة ، وهو ظاهر قوله في« المدونة » ؛ لأنه قال : « وأما العبد والأجير فعلى ما أخبرتك » ، فظاهره أنه كالمرأة .

والثاني : أنهما بخلاف الزوجة ، وأنه ضامن بهلاك ما رفعاه ، وهو تأويل بعضهم على « المدونة » فيما حكاه القاضي ابن سهل في بعض تعاليقه .

فإن لم تكن عادتهما الرفع ، وإنما اتخذ للخدمة دون رفع للأمانة ، والاطلاع على [خبايات] (٣) السيد ، فإن السيد ضامن ما ضاع برفعهم ، وعليه ـ يحمل قول أشهب في « مدونته » على ما حكاه ابن المواز عنه حيث قال : « إذا أودع الوديعة [لغيره] (٤) من عبدٍ أو خادم أو أجير ممن هو في

(١) سقط من ب .

(٢) في أ : وأنهما.

(٣) في ب : خبايا .

(٤) في أ : من غيره .

عياله ، أو في غير عياله فهو ضامن » .

واختلف في الخادمة : هل هي كالزوجة ، أو كالعبد والأجير ؟ على قولين :

وظاهر المدونة أنها كالزوجة لا كالعبد .

وأما إن استودع وديعة في المسجد أو في المجلس ، فجعلها على [نعله] (١) فذهبت ، فقال أصبغ في « العتبية » :لا ضمان عليه ، قال أصبغ: قلت له : ألم يضيع ؛ إذ لم يربطها ؟ قال : يقول : لا خيط معي، قلت : يربطها في طرف ردائه ؟ قال : لا يضمن كان عليه رداء أو لم يكن .

وأما إن نسيها في موضعه الذي دُفعت له فيه ، فذهبت هل يضمنها أو لا ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنه ضامن لها ، وهو قول مطرف،وابن الماجشون.

والثاني : أنه لا ضمان عليه ،وأنه معذور بالنسيان ،وهو أحد القولين فيمن أودعه رجل مائة دينار ، ثم جاء هو وآخر ،فقال كل واحد منهما : أنا أودعتك ، وأيقن أن أحدهما أودعه ونسى من هو فيهما ،فقال محمد : يضمن لكل واحد منهما مائة ، وقيل : لا يضمن إلا مائة واحدة ،يحلفان وتقسَّم بينهما ، فإذا وجب ألا يضمن لهما إلا مائة واحدة ، وأن غلبة النسيان عليه كضياع الوديعة ينبغي إذا نسي ، وقام وتركها ألا يضمن أيضًا.

وأما إن أودعه وديعة ،وأمره أن يجعلها في موضع ، فخالف فجعلها في غيره ، ثم ضاعت ، فهل يضمن أم لا ؟

---

(١) في ب : نعليه .

فانظر فإن أمرهُ أن يجعلها في شيء [عـليه العين ، فجعلهما في شيء هو أدنى منه ، فضاعت فلا ضمان عليه ، فإن أمره أن يجلعها في شيء هو أدنى فوضعها في شـيء هو أعلى ضمن] (١) مثل أن يأمره أن يجـعلها في قدر نـحاس ، فجعـلها في قـدر فخار أو بالـعكس ، وكذلـك إن أمرهُ أن يجعلها في تابوته ، ولا يقفل عليها فتعدى فقفل عليها ، فهو ضامن ؛ لأن القفل في الأواني الرفيعة مما يقصـده السارق في البيت دون ما تزدريه العين من الأواني.

وكذلك إذا رأى صندوقًا مـقفولاً ، فإنه يقصد إليه ،ويغـلب على ظنه أنه ما قُفل إلا على مال ، ولو أمره أن يقفل عليها فقفل عليها بقفلين لكان لا ضمان عليه ،وهذا كـلُّه قول محمد بن عبد الحكم وغيـره ، فلو جعلها في جيبه لضمنها إن ضاعت ، على مشـهور المذهب على ما نقله أبو الوليد وحفيده ، والحمد لله وحده .

❑❑❑

---

(١) سقط من أ .

[المسألة الثانية]

فيمن استودع وديعةً فأودعها غيرهُ

ولا تخلو من [وجهين :

أحدهما : أن يودعها في حضر .

والثاني : أن يودعها في سفر ، فإن استودعها في حضر ، فأودعها غيره، فلا يخلو ذلك من] [١] أن يكون ذلك لعُذْرٍ أو لغير عُذر .

فإن كان ذلك لغير عُذرٍ فهو ضامن ؛ لأن رب الوديعة إنما رضي بأمانته دون غيره ، وإن كان ذلك لعذر كسفرٍ أراده أو عورة منزله .

وأما الذي أراد سفراً ،فإنه يجوز له أن يودعها لغيره ،ولا ضمان عليه إن هلكت قولاً واحداً .

فإن خرج بها في طلب صاحبها ، فضاعت هل يضمن أم لا ؟ فالمذهب على قولين قائمين من « المدونة » :

أحدهما : أنه ضامن ؛لأنه عرَّضها للتلف ، وهو نصٌّ قول مالك في «المدونة » .

والثاني : أنه لا ضمان عليه ، وهو قوله في المبضع تحدث له إقامة حيث جوَّز له أن يبعث بالمال إلى ربِّه ،وهو قول أصبغ في « كتاب ابن حبيب » في جواز توجيه القاضي مال اليتيم ورفع [الضمان] [٢] في ذلك، وهذا القول قائم في « المدونة » من « كتاب الجهاد » في مسألة : المستأمن يموت عندنا وترك مالاً .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ب .

حيث قال ابن القاسم : يردُّ ذلك المال لورثته [ببلده] [١] وقال غيره: يدفع ماله حكامهم حتى كأنه مات عندهم .

فإن أودعه لعورة منزله : فلا يخلو المودع من أن يكون عالمًا بخراب منزله أو غير عالم .

فإن كان عالمًا بخراب منزله وخوفه ،ولم يزد خرابه إلى ما هو أخوف ، فالمودع ضامن .

فإن لم يعلم أو كان عالمًا إلا أن خرابه قد ازداد إلى ما هو أخوف مما كان في علمه ؛ فلا ضمان عليه ؛ لأنه فعل ما يجوز له .

فأما إن أودعه في سفرٍ ، فأراد أن يودعها غيره : فإن ذلك لا يجوز له إلا لعُذرٍ بيِّن ؛ لأن ربَّ الوديعة قد رضي بأمانته على تلك الحالة التي هو عليها بمنزلة ما لو علمَ بخراب منزلهِ وعورته .

فإن كان ذلك لعُذرٍ مِثْل أن يخرج عليه لصوص ،فيُعطي الوديعة والبضاعة لمن يرجوا نجاته [بها] [٢] فلا شيء عليه ، وهو قولهُ في « كتاب ابن المواز » .

ولو كانت دراهم فأخذها يومًا فأدخلها في كُمِّهِ وخرج بها يظنُّها دراهمه فسقطت منه ، فإنه يضمن .

ولو استودعه جرارًا فيها إدام أو قوارير فيها دُهن ، فنقلها من موضعٍ في بيته إلى موضع آخر فتكسَّرت في ذلك فلا ضمان عليه .

وكذلك لو سقطت ـ من يده فانكسرت لم يضمن ،ولو سقط عليها شيء [من يده] [٣] فانكسرت أو رمى في بيته ، وهو يريد إصابة غيرها ،

(١) في أ : بيده .
(٢) في أ : لها .
(٣) سقط من أ .

فأصابها فتكسّرت لضمن ؛ لأنها جناية لم يتعمدها وهذا كلُّهُ قول أشهب ، وعبد الملك على ما نقلهُ الشيخ في « النوادر » [١] [والحمد لله وحده] [٢] .

❑❑❑

(١) النوادر (١٠ / ٤٤٤ ، ٤٤٥) .
(٢) زيادة من ب .

[المسألة الثالثة]

في استنفاق الوديعة

اختلف المذهب في الوديعة : هل يجوز للمودع أن يستنفقها بغير إذن المودع أم لا ؟ على قولين :

أحدهما : أن ذلك لا يجوز سواء كان المودع موسراً أو معسراً ، وهو مشهور المذهب .

الثاني : أنه يجوز أن يتسلفها [وينتفع بها] (١) إن كان له مال ، وهو قول مالك في سماع أشهب عنه في« العُتبية » .

ووجهُ القول [بالمنع ابتداءً كون ذلك من باب التصرف في مال الغير بغير طيب نفس منه ووجه القول] (٢) بالجواز كون استسلافها ينقلها من أمانة إلى ذمة ، وذلك أحظى لربها وصيانةٌ لها ، فعلى القول أنه يجوز له التصرف في الوديعة ابتداءً ، فلا تفريع على القول بأن ذلك لا يجوز ابتداءً. فإن ترك ذلك واتَّجر فيها فالربح له قولاً واحداً ، وهو لرأس المال الضامن.

وإنما اختلف في والي اليتيم إذا اتَّجر في مال يتيمه ، وهو مُفلس هل يكون الربح للولي أو لليتيم ؟ على قولين :

أحدهما : أن الربح لولي اليتيم ، وهو قول المغيرة ، وبه قال المصريون من أصحاب مالك .

والثاني : أن الربح لليتيم دون الولي ، وهو قول مالك ، وبه قال ابن الماجشون في « الواضحة » .

---

(١) في ب : وينفقها .

(٢) سقط من أ .

فإن تعدّى في الوديعة، فتصرّف فيها ،ثم ردها فضاعت بعد الرد، فلا يخلو من وجهين :

أحدهما : أن تكون الوديعة مما يرجع إلى المثل .

والثاني : أن تكون مما يرجع إلى القيمة .

فإن كانت مما يرجع إلى المثل كالعين ، والمكيل ،والموزون من الطعام ، وسائر العروض ، فهل يصدق في الرد أم لا ؟ على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه يصدق إن ادعى الرد ، وبه قال ابن القاسم في «المدونة » ، وأشهب ، وابن عبد الحكم ، وأصبغ في « الموازية » .

الثاني : أنه لا يصدق ولا يبرأ ؛ لأنه دين ثبت في ذمّته ، فلا يصدق في براءتها، وهو قول أهل المدينة من أصحاب مالك ، وروايتهم عنه ، [ورواه] (١) المصريون عنه ،ولم يقولوا به .

والثالث : [أنه] (٢) إن ردّها بإشهاد برئ ،وإلا لم يبرأ [وبه] (٣) أخذ ابن وهب .

والأقوال الثلاثة : حكاها يحيى بن عمر في « المنتخبة » على ما نقله الشيخ أبو محمد في « النوادر » (٤).

وعلى القول بأنه يصدق في الرد ، ويبرأ في الضياع ، هل ذلك بيمين أم بغير يمين ؟ على قولين [ق / ٢٠١/٢/أ]:

أحدهما : أن ذلك بيمين ، وهو قول أشهب في «مدونته » ، وهو قول ابن المواز .

---

(١) في أ : وروى .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) النوادر (١٠ / ٤٤٥) .

والثاني : أنه يصدق بغير يمين ، وهو ظاهر قول ابن القاسم في «المدونة»؛ لأنه لم يذكر اليمين .

ولو تسلَّفها بإذن ربها ثم ادعى أنه قدْ ردّها، [فلا يصدَّق في الرد][(١)]، ولا يُبرئه إلا ردّه إياها إلى ربها ، وهو قوله في « كتاب ابن شعبان » ، ولا ينبغي أن يُختلف في ذلك .

ـ فلو كان إنما تسلّف بعضها ، ثم تلف ما بقى منها قبل أن يرد ما تسلّف، فهل يكون ضامنًا [له] [(٢)] أم لا ؟ فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنه لا يضمن سواء كانت منثورة أو مصرورة ، وهو قول ابن القاسم ،وأشهب ، وأصبغ .

والثاني : التفصيل بين أن تكون مصرورة أو منثورة ، فإن كانت مصرورة ضمنها على وثاق ربها أخذ منها شيئًا أم لا، فإن كانت منثورة، فلا ضمان عليه لما بقي، وهو قول ابن الماجشون في «واضحة ابن حبيب» .

ووجهه أنه غيرُ متعدٍ إلا فيما أخذ خاصةً لا فيما بَقِيَ .

ووجه القول بالمنع ابتداءً كوْن ذلك من باب التصرف في مال الغير بغير طيب نفسٍ منه] [(٣)].

وأما إن كانت الوديعة مما يرجع إلى القيمة : كالعروض ،والحيوان ، فلا يخلو من أن يبيعها وينتفع بثمنها ، أو ينتفع بها ويرد عينها .

فإن باعها وانتفع بثمنها ، ثم ردّ مثل ذلك العين ، فلا خلاف أنه ضامن ؛ لأن الأغراض تتعلق بالأعيان بخصائص صفاتها .

---

(١) في ب : لا يضمن .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من ب .

فإن [انتفع بها] (١) أو ردّا بعينها كثوبٍ يلبسُهُ ثم يردُّهُ أو دابة يركبها ثم يردُّها فضاعت ، فإن هلك ذلك قبل الرد ، فلا خلاف في وجوب الضمان عليه ، وإن ادعى هلاك [ذلك] (٢) بعد الرد ، فلا خلاف في وجوب الضمان عليه ، وإن ادعى هلاك [ذلك بعد الرد ، فلا] (٣) يخلو من أن يكون قد أقَرّ بالتعدي أو غير مقرٌّ به .

فإن كان غير مُقرٍ بالتعدي وإنما قامت عليه به بيِّنة ، فإنه ضامن قولاً واحدًا .

فإن اعترف بالتعدي ، وادعى أن الهلاك بعد الرد ، فهل يُصدق أم لا ؟ على قولين :

أحدهما : أن يُصدّق ؛ لأنه في الضياع مع يمينه ، وهو قول ابن الموّاز .

والثاني : أنه لا يُصدّق ؛ لأنه ضامن بنفس التعدي ، وهو قول ابن سحنون في كتابه .

ولو أقام البيِّنة أنه ردّها سالمة ثم هلكت بعد الرد ، هل يضمن أم لا ؟ فبيّن [أصحابنا] (٤) أيضًا قولان على ما نقله أبو محمد بن أبي زيد في «النوادر » .

فإن ادعى المودع أن ربّه أمره بذلك ،وهو مُنكر : فإن قامت له بيّنة صُدِّق قولاً واحدًا ، وإن لم يكن إلا مجرد دعواهُ كان القول قول رب الوديعة [مع يمينه ، والحمد لله وحده] (٥).

❑❑❑

---

(١) في ب : استنفعها .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) في أ : الأصحاب .

(٥) سقط من أ .

[المسألة الرابعة]

في المودع إذا ادّعى رد الوديعة إلى المودع وقد أمره الله تعالى بردّ الأمانات

وقال عزّ من قائل : ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا الأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا ﴾ (١).

وقال تعالى : ﴿ لا تَخُونُوا اللَّهَ وَالرَّسُولَ وَتَخُونُوا أَمَانَاتِكُمْ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾ (٢).

وقال سبحانه : ﴿ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي اؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ ﴾(٣).

وقال عزّ وجل : ﴿ وَمِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ مَنْ إِن تَأْمَنْهُ بِقِنطَارٍ يُؤَدِّهِ إِلَيْكَ وَمِنْهُم مَّنْ إِن تَأْمَنْهُ بِدِينَارٍ لاَّ يُؤَدِّهِ إِلَيْكَ إِلاَّ .. ﴾ (٤).

وقال النبي ﷺ : « أدّ الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخُن من خانك» (٥) .

وأداءُ الأمانات [ق/٢٠٨ب] من [علامة] (٦) الإيمان وعمل المؤمنين، والخيانة من علامة النفاق وعمل الفسّاق .

ودفع الأمانة على وجهين :

أحدهما : دفعها إلى اليد الذي دفعتها إليه .

---

(١) سورة النساء الآية (٥٨) .

(٢) سورة الأنفال الآية (٢٧) .

(٣) سورة البقرة الآية (٢٨٣) .

(٤) سورة آل عمران الآية (٧٥)

(٥) أخرجه أبو داود (٣٥٣٥) ،والترمذي (١٢٦٤) من حديث أبي هريرة ، وصححه الألباني ـ رحمه الله تعالى .

(٦) سقط من أ .

والثاني : أن يدفعها إلى غير اليد [التي دفعتها] [١] إليه . فأما إذا دفع الأمانة إلى اليد [التي] [٢] دفعتها إليه ؛ فإنه لا يحتاج إلى الإشهاد إذا اعترف له بالقبض ، فإن ادعى المودَع الرد ، وأنكر المودِع القبض ، فلا يخلو من أن يكن قبضها ببيِّنة أو بغير بيّنة .

فإن قبضها بغير بيّنة ، فإنه يَصدّق في الرد قولاً واحدًا، فإن قبضها ببيّنة، فهل يُصدّق في الردّ أم لا ؟

فالمذهب يتخرج على أربعة أقوال :

أحدها : أنه لا يُصدّق في دعوى الردّ إذا قبض بالبينة في الوديعة والقراض والشيء المستأجر ، وهو نصٌّ قول مالك في « المُدونة » وغيرها في الوديعة وهو المشهور ؛ لأنه إذا قبضها بالأشهاد فقد ائتمنهُ على الضياع فيُصدّق فيه ، وإن لم يأتمنُه على الرد ، والقراض ، والشيء المستأجَر مِثلُه .

والثاني : أن يُصدّق في جميع ذلك ، وإن قبضَهُ ببينة ، وهو الذي يأتي على رواية أصبغ عن ابن القاسم في دعوى المستأجر رد ما استأجرُه من العُروض حيث قال : « فإنهُ يُصدّق قبض ذلك ببيّنة أو بغير بيّنة ؛ لأن المستأجر قبض ذلك لمنفعتهما جميعًا .

وكذلك القِراض ، فإن العامل قد قبضهُ لمنفعتهما جميعًا ، فبأن يسقط عنه الضمان في الوديعة ، ويُصدق في دعوى الرد ؛ لكونه قبضها لمنفعة المودع وحدهُ أولى وأحق .

والثالث : التفصيل بين الشيء المستأجَر ،والقراض ، والوديعة ، فيُصدّق في الشيء المستأجر ، ولا يُصدّق في الوديعة [والقراض . وهو

(١) في أ : الذي دفعته .
(٢) في أ : الذي .

تأويل أصبغ على قول ابن القاسم .

والرابع : التفصيل بين الوديعة ، والقراض والشيء المستأجر ، فلا يصدق في الوديعة] (١) ويَصدّق في ردّ الشيء المستأجر ، والقراض ، وإن دفع إليه ببينة ، لاحتمال أن يكون القصد بالإشهاد إلى التوثق من الأجرة ، ومن الجزء في القراض ، لا إلى التوثق من عين الشيء المُستأجَر ، ولا مِن القراض .

وأما إذا دفعها إلى غير اليد الذي دفعتها إليه ، فعليه ما على والي اليتيم من الإشهاد ، قال الله تعالى : ﴿ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ ﴾ (٢) .

فإن لم يُشهد على الدفع ، فلا يخلو المدعَى عليه من أن يُنكر الدفع أو يُقرُّ به .

فإن أنكر الدفع هل يُصدّق الدافع في الدفع أم لا ؟ فإنه يتخرج على قولين قائمين من « المُدونة » :

أحدهما : أنه لا يُصدّق في الدفع أصلاً ، وهو مشهور المذهب ، وهو نصُّ « المُدونة » في غير ما موضع .

والثاني : أنه يُصدّق ، وإن لم يُشهد على الدفع وهو قول عبد الملك بن الماجشون فيمن بعث بمال مع [رجل] (٣) إلى رجل أنه لا يلزمه الإشهاد في الدفع ،ويُصدّق .

[و] (٤) إن أنكر القابض كان دينًا أوْصله ، وهذا القول قائم في

---

(١) سقط من أ .
(٢) سورة النساء الآية (٦).
(٣) في أ : رجال .
(٤) سقط من أ .

«المدونة » من مسألة [اللؤلؤة] [١] في « كتاب الوكالات » ؛ لأنها تقتضي تعمير ذمة الآمر بقول المأمور : قد فعلتُ ما أمرتني به .

وإذا وجب أن يعمرها بقوله : قد فعلت ما أمرتني به من الشراء ، وجب أن يخلي ذمة نفسه بقوله : قد فعلتُ ما أمرتني به من الدفع .

وإذا وَجَبَ أن تُخلى ذمَّتُهُ [بقوله] [٢] فإخلاء أمانتهُ بقولهِ أوْجب.

فإن أقرّ بالقبض وادعا التلف ، فلا يخلو من أربعة أوجه :

أحدها : أن يكون قبضه مِن ذمة إلى ذمة .

والثاني : أن يقبضهُ من أمانة إلى أمانة .

والثالث : أن [يقبضها] [٣] من ذمة إلى أمانة .

والرابع : أن يقبضها من أمانة إلى ذمة .

فأما الوجه الأول : إذا قبضه من ذمّة إلى ذمة ، مثل : أن يكون له دينٌ على رجل ، فأمره أن يدفعها إلى فلان سلفًا أو تسليفًا في سلعة أو إلى صانع يعمل له فيه عملاً ، فلا يخلو من أن تكون الذمّة قائمة أو خربة ، فإن كانت قائمة ، فإنه يبرأ بتصديق القابض قولاً واحدًا ، لبقاء ذمة القابض وملائه بمثل ذلك القدر .

وإن كانت خرِبة مثل أن يكون القابض مُعْسِرًا أو مِديانًا مُفلسًا ، فلا يخلو من أن يُقرّ بالقبض ، أو لم يُقر ، فإن أنكر القبض ، فالمودع ضامِنْ قولاً واحدًا .

وإن اعترف بالقبض ، فهل يُصدّق المُودع بالدفع أم لا ؟ على قولين :

---

(١) في ب : اللؤلؤ .

(٢) سقط من أ .

(٣) في ب : يقبضه .

أحدهما : أنه لا يُصدّق إلا ببينة ، وهو نصُّ المذهب وهو المشهور .

والثاني : أنه يُصدّق على أحد الأقوال في الأمانة .

وكون الذمة القابضة بإقرارها مُتخرّبة يوجب تضمين الدافع ؛ لأنه فرّط بترك الإشهاد ، فيُهم أن يكون اتفق مع المُقر بالقبض ، فيُعاقب بنقيض مقصوده .

وأما الوجه الثاني : إذا قبض من أمانة إلى أمانة ، مِثْل : أن يكون لرجلٍ وديعةٌ عند رجل ، فوكّل وكيلاً يقبضها منه فدفعها له المودع بغير بيِّنة، وادَّعى الوكيل أنه [قد] [1] قبضها منه وضاعت ،فهل يبرأ الدافع بإقرار القابض أم لا ؟ فالمذهب على قولين قائمين من المُدونة :

أحدهما : أن الدافع يبرأ بتصديق القابض ، والضمان من الأمر ، وهو قول ابن القاسم في كتاب الوديعة .

والثاني : أنه لا يبرأ إلا بإقامة البينة على الدافع أو يأتي القابض بالمال ، وهو قول ابن القاسم في « كتاب ابن المواز » أيضًا ، وهو ظاهر « المدونة » أيضًا من غير ما موضع لإطلاقه عليه الضمان إلا أن يأتي بالمال أو يُقيم الدافع البينة على الدفع ، ولم يفصِّل بين ما خرج من أمانة إلى أمانة ولا إلى ذمة ، ولا مِنْ ذمة إلى ذمة ولا إلى أمانة ، والقولان المنصوصان عن ابن القاسم في « ثمانية أبي زيد » .

وأما الوجه الثالث : إذا قبض مِن ذمة إلى أمانة ، مثل : أن يكون له دين على رجل ،فوكّل رجلاً بقبضه منه ، فأقرّ الوكيل بقبضه منه ، وأنه قد ـ ضاع بعد القبض ، فلا يخلو من أن يدفَعَهُ إليه ببينة أو بغير بينة .

فإن قبضه منه ببينة ، فلا خلاف في براءة ذمة الدافع .

---

(١) سقط من أ .

وإن دفعه إليه بغير بيّنة ، فهل يُصدّق في الدفع بتصديق المأمور [بالقبض][(١)] أم لا ؟ على قولين قائمين من « المدونة » :

أحدهما : أنه لا يُصدّق إلا بإتيان القابض بالمال ، وهو نصٌّ قوله في المُدونة : في الذي باع الثوب من رجلٍ ، وبعث معهُ عبدهُ أو أجيرهُ ليقبض الثمن فقال : قبضتهُ وضاع منِّي .

والثاني : أنه يُصدّق ويبرأ مِن الضمان ، وهذا القول يؤخذ [ق/ ٢٠٢/ ٢أ] من مسألة اللؤلؤة ؛ لأنه كما جاز له أن يعمر ذمة غيره بدعواهُ ، فكذلك يجوز له أن يُبرئ ذمة نفسه بدعواه ؛ لأنه[في] [(٢)] دعواه استند إلى إذن في الموضعين جميعًا .

وعلى القول بأن الدافع ضامن المال ، فهل يرجع به على الوكيل القابض أم لا ؟ فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنه لا يرجع عليه بشيء ؛ لأنه قدا ائتمنهُ في الدفع وصدّقه ، وهو مذهب « المدونة » وهو [قول] [(٣)] ابن الماجشون ؛ إلا أن يتبين من الوكيل تضييع وتفريط [وتعريض] [(٤)] ما قبض من المال للتلف فيضمن.

والثاني : أنه يرجع عليه به ؛ لأن الوكيل قد قبضهُ منه على معنى الاقتضاء وبراءة الذمة بوكالة [ثابتة] [(٥)] ،ولم يقبضه على معنى الأمانة من جهة [الدافع] [(٦)] ؛ لأنه مجبور على الدفع لثبوت الوكالة.

---

(١) في أ : في القبض .
(٢) زيادة يقتضيها المعنى .
(٣) سقط من أ .
(٤) سقط من أ .
(٥) في أ : ثانية .
(٦) سقط من ب .

فإن جحد الأمر بالوكالة ، وأنكر أن يكون أمرَ الوكيل بالقبض ، فهل يكون القول قولُ الوكيل أم لا؟ فالمذهب على قولين :

أحدهما : أن القول قول الآمر ، ويحلف أنه ما وكَّله على شيء .

والثاني : أن القول قول الوكيل ؛ لأن الدافع قد صدّقه فيما ادعي من الوكالة .

فعلى القول بـ : أن القول قول الآمر ، فإن الوكيل ضامن لما قبضهُ ، فإن اختار الآمر الرجوع على الدافع ؛ كان للدافع الرجوع على الوكيل المُتعدي ، فإن اختار [الآمر اتباع] (١) الوكيل المتعدي في القبض كان ذلك له؛ لأنه غريم غريمه ولم يكن له الرجوع على [أحد] (٢) ويبرأ الدافع .

وعلى القول بأن : القول قول الوكيل ؛ لأن الدافع قد صدّقه ؛ إذ دفعَ إليه بغير بيِّنة، وهو قول ابن القاسم في « العتبية » كان للآمر الرجوع على الدافع .

وهل يرجع هو على الوكيل القابض أم لا ؟ فإنه يتخرج على الخلاف الذي قدّمناه إذا ثبتت الوكالة .

وأما الوجه الرابع : إذا قُبض من أمانة إلى ذمّة ، مثل : أن يأمر له أن يدفع وديعة له عنده إلى غيره سلفًا أو غيره ، فلا تخلو الذمّة من أن تكون قائمة أو خربة .

فإن كانت قائمة ، فإن الدافع يبرأ بتصديق القابض ـ قولاً وحدًا .

فإن كانت خربة ، فهل يبرأ الدافع بتصديق القابض أو لا ؟

فالمذهب على قولين ، وهما منصوصان في « ثمانية أبي زيد »

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

وقد قدمناهما .

وسبب الخلاف ، واختلافهم في أمانة الوكيل [هل تضاهى أمانة المودع أم لا ؟ وهل المأمور بمنزلة الآمر ويده كيده أم لا ؟ فمن شبه أمانة الوكيل](١) المأمور له بالقبض بأمانة المودع عنده ، قال : القول قوله في دعواه التلف كما لو ادعى ذلك المُودع عنده .

ومن رأى أن تلك الأمانة أضعف ، قالا : لا يبرأ الدافع بتصديق القابض مع دعوى التلف ، ومن رأى أن المأمور بمنزلة الآمر ، قال : القول قول الدافع المأمور كم كان القول قولهُ مع الآمر ، كما به يقول أبو حنيفة .

ومن رأى أنه أضعف [منه] (٢) قال : الدافع ضامن إلا أنْ يحضر [القابض] (٣) المال [والحمد لله وحده] (٤).

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) في أ : قابض .

(٤) زيادة من ب .

[المسألة الخامسة]

إذا بعث معه في المال ليُوصِلَهُ إلى رجل

فالكلام في هذه المسألة في ثلاثة أسئلة :

أحدها : أن يموت الرسول ، ولم يعلم ما فعل بالمال .

والثاني : [أن يدعي] (١) أنه لم يجد المبعوث إليه ، وأنه قد ردّ المال إلى الدافع .

والثالث : أنه يوصِّلهُ إلى المبعوث إليه ، فيدّعي أنه قد بعثَهُ إليه صلة أو صدقة ،والباعث منكر .

فالجواب عن السؤال الأول : إذا مات الرسول قبل الوصول أو بعده ، وأنكر المبعوث إليه بالمال أن يكون قد قبضه ، فهل يضمنهُ الرسول في ما له أم لا ؟ فالمذهب على أربعة أقوال :

أحدها : أنه ضامن للمال جملة بلا تفصيل ، وسواءٌ مات في الطريق أو بعد الوصول [إلى البلد .

والثاني : أنه لا ضمان عليه في ما له جملة مات في الطريق أو بعد الوصول] (٢).

والثالث : أنه يضمنه إن مات في الطريق ، ولم يوجد معه المال ، ولا شيء [عليه] (٣) إن مات بعد الوصول ، وهو قول مالك في « المدونة » .

والرابع : عكس هذا الجواب أنه إن مات في الطريق فلا شيء عليه ،

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

وإن مات في البلد ضمنهُ ، وهو قوله في « كتاب محمد » .

فوجه [القول] [١] بأنه ضامن بكل حال : لأنه [لما] [٢] لم يذكر ضياعه بعد الوصول ، ولا قال عند موته : إنّ المال بالموضع الفلاني ، ولا وجد معه إن مات في الطريق كان ذلك دليلاً على أنه تسلفه ، وأنه استنفقهُ، وأن ذلك ترتب في ذمته كالديون .

ووجه قوله في « المدونة » : أنه إذا مات في الطريق ، ولم يوجد معه: حُمل الأمر فيه على أنه تعدٍ عليه ، ولم يُحمل على الضياع كما لو أُودع وديعةً في الحضر ، فمات ولم يدع ضياعها فلم توجد ؛أنها تُؤخذ من ماله.

فإذا مات بعد وصوله البلد ، وإمكان الدفع حُمل على أنه قد دفعها ، وأنه لو كان حيًا لأخبر من شهد له على المنُكر .

ووجه ما في « كتاب محمد » : أنه إذا مات في البلد ، فلا يمكن أن يخفى دفعه إذا بحث ورثته عمن أشهد ؛ لأن عليه أن يُشهد عند الدفع .

وإن مات في الطريق برئت ذمّتهُ ؛لأنه لم توجد البضاعة ، والغالب أنه خرج بها دلَّ أنها ضاعت ، ولم يحمل عليه العدا .

ويلزم على هذا القول أنه لو أودع وديعة في الحضر فمات [في] [٣] الحضر ، ولم توجد الوديعة أنه لا ضمان عليه ، ويحمل على أنها [ضاعت] [٤] قبل ذلك .

ووجه القول الرابع أنه : لا ضمان عليه : جملة إنْ مات في الطريق ،

(١) سقط من أ .
(٢) سقط من أ .
(٣) سقط من أ .
(٤) سقط من أ .

ولم توجد معه ، والغالب أنه خرج بها : حُمل الأمر فيها على الضياع.

وإن مات بعد الوصول وإمكان الدفع ، حُمل على أنه دفعها ، وأنه لو كان [ق / ٢٠٩ ب] حيًا لأخبر بمن يشهد [له] (١) على المُنكِر .

والجواب عن السؤال الثاني : إذا ادعى الرسول أنه لم يجد المبعوث إليه بالمال ، وأنه قد ردّه إلى [الدافع] (٢) ، فلا يخلو من أن يكون قد بعثه إلى رجلٍ معهُ في البلد ، أو أن يكون المبعوثُ إليه به في بلدٍ آخر .

فإن كان معه في بلدٍ واحدٍ ، فإن الرسول يُصدّق في ردّ المال إليه قولاً واحدًا؛ لأن المفهوم من الباعث أنه إنما أعطاهُ ليُوصلها إليه إن وجده ، فإن لم يجدهُ فيردُّهُ إليه .

فإن كان المبعوث [إليه] (٣) ببلد آخر ، فلا يخلو من أن يكون الدفع إلى الرسول ببينة أو بغير بينة .

فإن كان الدفع ببينة ، فلا يُقبل قولهُ إلا بِبيِّنة في الردّ .

وإن كان بغير بينة فهل يُقبل قولُهُ في الردّ أم لا ؟ فالمذهب على قولين:

[أحدهما] (٤) : أنه يُقبل قولهُ مع يمينه ، وهو المشهور .

والثاني : أنه لا يُقبل قولهُ في الردّ؛ لأنه مُتعدٍ في الرد ؛ إذ الواجب عليه أن يودعها هناك ، وتعديهِ في ردّها يُوجب عليه الضمان ، فإذا صارت في ذمّتِه لتعدِّيه في ردِّها وجبَ ألا يُقبل قوله في ردِّها ، وهذا قول قياس .

فإن قيل : إذا أسلمت في الرجوع برئت ذمتهُ منها كمتسلف الوديعة إذا

---

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : الباعث .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

ردها على أحد أقوال المذهب .

فالجواب عنه : أن متسلِّف الوديعة [قدرها] [١] حيث كان [أذن له][٢] في نفاقها فيه ،وهذا [إنما] [٣] أمر أن يدفعها إلى رجلٍ في بلد فلم يجدْهُ فردّها ، فإذا ردّها إلى بلدِ الباعث ، فليس هذا الموضع الذي أذن له في إنفاقها فيه، فاندفع السؤال .

والجواب عن السؤال الثالث : إذا ادعى [المبعوث] [٤] إليه بالمال أن الباعث بعث به إليه صلَةً أو صدقة ، ويُصدّقَهُ الرسول ، وربُّ المال جاحد لذلك ، ويدّعي أنه بعثَهُ ليكون عندهُ وديعة ، فلا يخلو من وجهين :

إما أن يكون ذلك قائمًا بيد الرسول لم يُسلِّمهُ بعد ، وإما أن يكونَ ذلك بعد التسليم .

فإن كان ذلك قبل الدفع إلى المبعوث إليه ، فإن المبعوث إليه يَحْلفُ [مع شهادة الرسول] [٥] إن كان عدلاً ، ويأخذ المال ملكًا له ، ولا خلاف في هذا الوجه .

فإن كان ذلك بعد الدفع والقبض ، فهل تجوز شهادة الرسول أم لا ؟ فالمذهب على ثلاثة أقوال :

أحدها :أنها جائزة ،ويحلف معه المبعوث إليه، كما لو كان قبل الدفع، وهو ظاهر قول ابن القاسم في « المدونة » ، وهو قول ابن عبد الحكَم.

والثاني : أن شهادته لا تجوز ؛ لأنه يدفع عن نفسه الضمان ، وهو قول

---

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : له إذن .

(٣) سقط من أ .

(٤) في أ : المبعث .

(٥) سقط من أ.

أشهب ، يريد أنه لما خرج المال من يده ، وصار في حوْز القابض على معنى الملك ، والباعث مُنكر لذلك ، فاتهم في شهادته أن يكون قصد بها دفعَ العدا عن نفسه .

والثالث : التفصيل بين أن يكون القابض مُوسرًا أو مُعسرًا ، فإن كان القابض مُوسرًا جازت شهادة الرسول كما لو كان المال قائمًا بيده ، وإن كان مُعسرًا فلا تجوز ؛ لأنه يُتهم [في] (١) أن يدفع الضمان عن نفسه ، وهو قول سحنون .

وعلى قول أشهب بأن شهادة الرسول لا تجوز ؛ وأنه يغرُم للباعث ما أتلف من المال عليه ، هل له الرجوع على المدفوع إليه بما غرم [عنه](٢)؟

والذي يأتي على أصل أشهب أنه يرجع [عليه] (٣) ؛ لأنه قال : « إذا كانت لهُ وديعة عند رجُلٍ، فجاءه خطه لأمر أن يدفعها إلى فلان صِلَة أو أنها له ، والذي عنده وديعة لا يشكُّ أنه خطُّه وأمارته ، فدفعها إليه ثم جاء المودع فأنكر ،وحلف ، وأغرم المودّع أن لدافعها أن يرجع على الذي قبضها منهُ ، وإن كان يعلم أنه مظلوم ؛ لأنه يقول : بِسببك وصل تغريمي » .

وقد وقع لأشهب ما يدلُّ على أنه لا يرجع عليه بشيء ، وقال : « إذا كانت له وديعةٌ عند رجلٍ ، فجاءه رجلٌ فقال : إن فلانًا بعثني إليك لآخذ الوديعة منك ، فصدّقَهُ ودَفعها إليه ، فادعى ضياعها ، فجاء صاحب الوديعة، فأنكر أن يكون بعثُه ، وحلف على ذلك فغرم الوديعة لربِّها فقال: لا رجوع على الرسول ، وكان ينبغي على مذهبه أن يرجع [عليه] (٤) ؛

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ب.

(٣) في ب : إليه .

(٤) في أ : إليه .

لأنه بسببه غرِم ؛ بل هذا [أحرى] [1] ؛ لأنه يمكن أن يكون الرسول كذب .

وقد اختلف قول ابن القاسم في هذا أيضًا فمذهبهُ [ق/٢٠٣/٢/أ] في المُدونة : أن له الرجوع عليه و[إن] [2] عَلِمَ من نفسه أنهُ مظلوم ، وهو قولهُ في مسألة « الوكيل على بيع ثوبٍ إذا جحده المشتري الثمن ، حيث جوّز للآمر أن يغرم الثمن للمأمور ، وإن علم أنه صادقٌ في دعواه » ، وقال في غير المدونة : فيمن استحق من يدي سلعة كُنْتُ اشتريتها من رجلٍ، وأنا مقرٌ أنها نتجت عند البائع مني ، فإن مُستحقها ظالم ،وبينته زور أنه لا رجوع لي على بائعي بالثمن لعلمي بأنه مظلوم [والحمد لله وحده][3] .

❑❑❑

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : من .

(٣) زيادة من ب .

[المسألة السادسة]

في المودع إذا أنزى على النوق المودعة أو بقراً فماتت أو كانت جارية، فوطئها فماتت أو زوجها

فأما البقرات والنوق وما كان في معناها ، فلا يخلو من وجهين :

إما أن يكون موتها من تحت الفحل .

وإما أن يكون من الولادة .

فإن ماتت تحت الفحل ، فالمذهب في ضمانه على قولين قائمين من المُدونة :

[أحدهما] [١] : أنه ضامن لأنه مُتعدٍ ، وهو قول مالك في المُدونة .

والثاني : أنه لا ضمان عليه في ذلك ، وهو قول أشهب في «مدونته»، قال : ولو سألني في البهائم قبل أن ينزيها هل ينزيها ؟ لرأيتُ ألا يدعها [من الإنزاء] [٢] ؛ لأن ذلك مصلحة ، وهو مثل قول الغير في « المدونة » في الراعي .

فإن ماتت من الولادة ، هل يضمن أم لا ؟ فالمذهب على قولين قائمين من « المدونة » أيضًا :

أحدهما : أنه ضامن لقيمة الحيوانات ، وهو قول ابن القاسم في«المدونة» .

والثاني : أنه لا ضمان عليه ، وهو نصُ قول أشهب في « كتابه » ،

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

وهو نص قول مالك في « المدونة » في كتاب « الوديعة » في : أمة الرهن إذا تعدى المرتهن ، فتزوجها فماتت من النفاس ، حيث قال : إن ضمانها من الراهن .

وقال ابن القاسم : إن ضمانها من المرتهن ، وهذا القول قائم من «المدونة» أيضًا من مسألة الغار إذا غرّ فَزَوّجَ أمة رجلٍ على أنها حُرّة فولدت من زوجها ثم استحقها سيدها ، حيث قال ابن القاسم: فإن الغارِ لا يضمن للزوج ما أخذ منه المستحق من قيمة الأولاد ، وقال :إنه لم يغرُه بولد .

وقد قالوا فيمن غصب حُرّة ، فزنى بها ،وهو غير محصن ، فَحَمَلَت فماتت من الولادة أنه لا يُقتل [بها] [1] ، ولا يغرم ديَّتها ؛ لأن هذا بسبب آخر ليس هو عين العدا .

وينبني الخلاف : على الخلاف في السبب في الشيء ، هل هو كمنْ باشرهُ أم لا ؟ وكذلك الحكم في الأَمَة إذا وطئها فماتت من الولادة.

وأما إن ماتت من وطئهِ ، فإنه ضامن لقيمتها قولاً واحدًا .

وأما إن زوجها المودع ، فالنكاح مفسوخ على كل حال .

ثم لا يخلو من أن تلِد من زوجها أم لا :

فإن لم يكن معها [ولد] [2] ولا حملت من زوجها ، فإن المُودع يأخذ جاريته ، ولا شيء لهُ على المودع ؛ لأن تزويجها ليس بعيب ، ولا يكون عيبًا إلا النكاح الذي يجوز المقام عليه .

فإن ولدت من زوجها ، فذلك عيبٌ مُفسد يُوجب لسيدها أخذ قيمتها من المُودع ،وإن شاء أخذها ، وما نقصها النكاح .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

فإن كان معها ولدها أو مات الولد ، ونمت في يدها ، فهل يجبر نقصها بالولد [الذي] (١) معها أو بما فيها من النماء أم لا؟ على ثلاثة أقوال:

أحدها : أن النماء يجبر به النقص ، كان ذلك النماء مُتصلاً بها أو مُنفصلاً عنها ، وهو قوله في « كتاب الوديعة » .

والثاني : أن النماء لا يجبر به النقص كان متصلاً أو منفصلاً ، وهو قول الغير في « كتاب العيوب » .

والثالث : التفصيل بين النماء المتصل كزيادة البدن ، والنماء المنفصل كالولد ،فيجبر بالنماء المنفصل ولا يجبر بالنماء المتصل ، وهو قول مالك في « كتاب العيوب » من « المُدونة » .

ووجه القول : بأن النماء يُجبر به النقص جملة ؛ لأن الأمة بإحبال الزوج [إياها] (٢) وجب على المودع جميع القيمة ، فصار النماء الحادث فيها من الولد ، أو زيادة البدن بعد دخولها في ضمان المودع ، فأشبهت المشتراة ، وأنها بالشراء دخلت في ضمان المشتري ، فحدث بها حمل ، وهو نقص ونماء ، وهو الولد في ضمان المشتري ، فجبر ما دخلها من النقص الحادث في ملكه بالنماء الذي حدث في ضمانه .

ووجه القول بأن النماء لا يُجبر [به] (٣) النقص : أن هذا [النماء](٤) لو لم يحدث عند المشتري عيبًا ما كان يُشارك به البائع ، ولا كان يأخُذ فيه عِوَضًا، بخلاف ما أحدث من صبغ أو خياطة ، فإذا وجب ألا يأخذ فيه، ولم يحدث عنده عيبٌ ، فكذلك يجبُ ألا يُجبر به ما حدثَ به من

(١) في أ : إليه .
(٢) سقط من أ .
(٣) سقط من أ .
(٤) سقط من أ .

عيبٍ عنده .

ووجه القول بالتفصيل : أن النماء المُنفصل كسلعة ثانية وجبت للمشتري لحدوث الولد في ملكِه بعد وجوب الضمان إمّا بعقدِ الشراء في فصل البيع، وإمّا بحمل الجارية في فصل الوديعة ، والنماء المتصل إنما هو بعض صفاتها؛ فلا يملكهُ من حدث عنده إلا كما يملكُ جميع أجزائها ؛ إذ ليس في المُمْكن أن يملُك صفة الشيء دون عينه ، وذلك لا يُتصور ،ولا يدخل في المعقول فضلاً عن المنقول [والحمد لله وحده] (١).

❑❑❑

(١) زيادة من ب .

[المسألة السابعة]

[في المودع إذا ادعى] (١) أنه أنفق الوديعة على أهل المودع في غيبته

ولا يخلو من وجهين :

إما أن يكون قضى عليه السلطان في غيبته بالنفقة ، أو لم يقض عليه بها .

١ ـ فأما إن قضى عليه بها ، مثل أن ترفع امرأته إليه أمرها ، وفرض لها عليه النفقة هي وأولادها ، فلا يخلو المودَع من أن يصدقه أهل المودع على ذلك أو كذّبوهُ .

فإن صدّقوهُ على ذلك [فالقول قوله] (٢) إذا كان ما أنفق عليهم يشبه .

فإن أقامت للمودع البينة أنه قد ترك لهم النفقة أو كان يبعثُ إليهم بها ، وأنها وصلت إليهم ، أو كان ما يدعيه [المودع] (٣) [لا] (٤) يُشبه أن يكون نفقة مثلهم كان القول قول المودع ، ويضمن المودع الوديعة ، أو ما زاد على نفقة مثلهم .

فإن كذّبوه على ما يدّعيه من إنفاق الوديعة عليهم كان ضامنًا قولاً واحدًا.

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من ب .

(٤) في أ : مما .

وأما الوجه الثاني : إذا لم يقض السلطان عليه بذلك ، ولا رفعت [المرأة] (١) أمرها إليه ، فلا يخلو المودع من أن تقومَ له بيِّنةٌ على ذلك أو لم تقُم ، فإن قامت له على ذلك بيّنة فالقول قولُ المودع المنفق ، إذا كان ذلك يشبه نفقتهم ، وكان المودع لم يبعث إليهم بالنفقة ، ولا تركها لهم ببيّنة .

فإن لم تقم له بينةٌ على الإنفاق ، فلا يخلو من يُصدقه أهلهُ على ذلك أو كذّبوه ،واعترف المودِع أنه لم يبعث إليهم بالنفقة ، ولا تركها عندهم ، فهل يبرأ المودع بإقرارهم أو لابد من قيام البينة أم لا ؟ فالمذهب على قولين قائمين من المُدونة :

أحدهما : أنه [لا يبرأ] (٢) إلا بقيام البينة على النفقة ، ولا ينفعه إقرار أهله وولدِه ، وهو قول ابن القاسم في « الكتاب » .

والثاني : أنه يبرأ بتصديقهم إذا أقرّ المودع أنه لم يبعث إليهم بالنفقة ، ولا خلّفها عندهم ، وهو قول الغير في بعض نُسخ « المدونة » في « كتاب الوديعة » ، وهو الأظهر في النظر ؛ لأنها لو قالت : من عندي كنتُ أُنفق لقُبلَ قولها ، وكان له الرجوع على الزوج ، ولا فرق بين قولها : مِنْ عندي أُنفق ولا من غيرها ، هذا الذي عنده في الوديعة .

وإن ادعى المُودع أنه كان يبعث إليهم بالنفقة ، وأنها وصلت إليهم ، فإنه يحلفُ على ذلك ، وعلى وصولها إليهم ، ثم يضمن المودع .

وهل له الرجوع على أهل المودع أم لا ؟

فلا يخلو من أن يدّعي على المودع أنه أمرهُ بالدفع إليهم ، أو قال له : لم تبعث إليهم بشيء ، كان له الرجوع على الزوجة ، وعلى ما يلي نفسه

---

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : لا يبين .

من أولاده بقدْر حِصَّته من النفقة .

وإن ادعى عليه الإذن أو أنه لم يبعث إليهم بشيء ، فهل يرجع على أهله بشيء أم لا ؟ فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنه لا يرجع ؛ لأنه قد صدّقهم بأنهم قبضوا بوجهٍ جائزٍ عنده، وهو قول ابن القاسم [في « المدونة »] (١) في المأمور له بقبض المال من ذمّة غيره.

والثاني : أنه يرجع [ق / ٢١٠ ب] عليهم بذلك ؛ لأنه لم يتطوّع عليهم بذلك ، وإنما أنفق عليهم ذلك ، ظنًّا منه أن ذلك يبرئه ،وأنه من حقِّهم .

وسبب الخلاف : اختلافهم في المخطئ في مال نفسه ، هل هو كالمخطئ في مال غيره [أم لا] (٢) ؟ وذلك أنه لما أخطأ في مال غيره ، فأنفقهُ على أهلِه بغير إذنه ،ولا ثبت عندهُ أمرٌ يستحقون [به] (٣) ذلك المال كان ذلك عين الخطأ في مالِ نفسه ؛ لأن المال الذي أنفق عليهم هو عين مالِه معنًا لكونه لابُد وأن يؤدى عنه عِوضًا بعدما أنفق عليهم كعين ماله معنىً لا حسًا ، وذلك منه كالخطأ في ماله ؛ إذ لا فرق بين أن يسلط الغير في مال نفسه [يظنه مال] (٤) ذلك الغير ، أو يُسلِّطه في استهلاك ما يظنُّ أنه استحقَّه من مال غيره ، ثم تبيَّن له أن ذلك المستهلك غير متسحقٍ له ، فإن المسبب يعزم بواسطة السبب ، وهل يغرم المباشر أم لا ؟ قولان :

وعلى القول بأنه لا يغرم ، فلِكَوْنِه معذور بتسليط [المالك] (٥) ،

(١) سقط من أ .
(٢) سقط من ب .
(٣) سقط من أ .
(٤) سقط من أ .
(٥) في أ : الملاك .

وعلى أنــه يغرم فلِكَـوْن المُسلِّط غيـرُ قاصد إلى التـمكين في خالـص مالِه بالاستهـلاك ،وإنما هو مخطئ ، والكلام فـي هذه المسألة مستُوفـىً في غير هذا الكتاب [والحمد لله وحده] (١).

❑❑❑

(١) زيادة من ب .

المسألة الثامنة

فيمن جحد [ق/٢٠٤/٢أ] لرجل مالاً ثم وقع له عندهُ مثلُ ذلك

هل يسوغ له أن يجحده فيه أم لا ؟

ولا يخلو الجاحد من أن يكون غاصبًا أو غير غاصب ، فإن كان غاصبًا، وقد دلّهُ المغصوبُ منهُ على أخذ الشيء المغصوب بعينهِ حقيقة ، فلهُ أخذهُ قولاً واحدًا.

فإن ظفر لهُ بغيره من مالهِ ، ولم يظفر بالشيء المغصوب ،هل يحلُّ له أخذهُ أم لا ؟ على ثلاثة أقوال :

أحدها : جواز الأخذ جُملة بلا تفصيل ،وهو قول مالك في « الموازية» قال : بخلاف من جحدك [لما جحدك] [1] لما جاء فيه من الأثر .

والثاني : التفصيل بين أن يكون عليه دَين ، فلا يجوز له الأخذ ، أو لا دْين عليه فيجوز ، وهو قول ابن المواز في « كتابه » .

والثالث : التفصيل بين أن يكون معلومًا بالغصب ، فلا يجوز له الأخذ؛ لكوْن ذمته مستغرقةٌ بالتباعات ، وبين ألا يُعلم بالغصب فيجوز له الأخذَ.

فإن كان الجاحد غير غاصبٍ ، مثل أن يكون له عليه دينٌ أو أودع عنده وديعة فجحدهُ فيها ، ثم ظفر لهَ بمثلِ ذلك أو ما يُساوى قيمتهُ ـ هل يحل لهُ الجحودُ أم لا ؟ فالمذهب على ستة أقوال :

---

(١) سقط من أ .

أحدهـا : المنعُ من الأخذ جُملةً ، وهو ظاهر قول في مالك في المُدونة في « كتاب الوديعة » في رواية ابن القاسم عنه حيث قال : لا يجحدهُ .

والثاني : إباحة الأخذ له جملةً بلا تفصيل ، وإن كان عليه دين ، وهو قولُ ابن عبد الحكم .

والثالث : التفصيل بين أن يكون عليه دَيْنٌ ، فيأخُذ القدْر الذي يصحُّ له في المحاصة مع الـغرماء ، وإن لم يكن عليه دَيْن كـان له أن يأخُذ ، وهي رواية ابن وهب عن مالك .

والرابع : أنه يأخذ جميع حقِّه ، وإن لم يكن عليه دَيْن ، وإن كان عليه دَيْن ، فلهُ أخذ قدْر ما ينوبُه فـي الحصاص إن أمن أن يحلف كاذبًا ، وهي رواية ابن نافع عن مالك . يريـد إن قبل منهُ أن يحلف ـ [أن] [١] مـالـهُ عليه حق [على] [٢] ما في سماع أصبغ.

والخامس : أنه يأخُذُ ويحلفُ أنَّه مالـهُ عندهُ وديعة ، ولا غيره بخلاف الحقوق الثابتـة في الذمم من المبايعات والقرض ، وهو قـول ابن شعبان في «الزاهي » .

والسادس : أنَّ الأخذ له جائز ما لم يُكن عليه دَيْن ، فإن كان عليه دَيْن فلا يأخذ شيئًا ، [وهذا] [٣] قولُ قياسي .

ووجههُ أن الغُرماء لو جاؤوا لشاركوه فيما أخذ ، فكأنه أخذ ما للغرماء فيه [مدخل] [٤] إذا لم يأخذه بدفع من الغريم ولا بتفليس الإمام ، فيجب إيقاف أنصبائهم .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) في أ : وهو .

(٤) في أ : دخول .

وسبب [الخلاف] [١] في المسألة : تعارض الحديثين :

قولـه ﷺ : « **أدِّ الأمانة إلى مَن ائتمـنك ، ولا تخُن من خانك** » [٢] ، فهذا عام ، ويُـعارضه قوله ﷺ لهـند بنت عُتبـة بن ربيعة بن عـبد شمس [لما][٣] شكت إليه أن زوجها أبا سفيان بن حرب ، لا يُعطيها من الطعام ما يكفيها هي وولدها ،فقال لها رسول الله ﷺ : « **خُذي ما يكـفيك وولدك بالمعروف** » [٤] .

مـعنـاه : أن تأخذ مقدار ما يجبُ لها ،ولا تتـعدّ فتأخذ أكثر مما يجب لها .

فمن أخذ بعموم قوله ﷺ : « **ولا تخُن مَن خانك** » ، قال : يُمنع من الأخذ عمومًا .

ومن أخذ بمقتضـى حديث هند قال : بجواز الأخذ عمـومًا ، ولاسيما على مذهب من قال : إن قـولَهُ عليه السلام : « **أدِّ الأمانة إلى مَن ائـتمنك ولا تخُن من خانك** » . وَرَدَ على سبب ، وذلك أنَّ رجُلاً ائتمنَ رجُلاً على امرأةٍ فخان فَوَطِئَهَا ،ثم إنّ الخائن ائتمن ذلك الرجل على امرأته ، فأراد أنْ يطأهـا ، [فسأل] [٥] رسول الله ﷺ فقـال له : « **أدّ الأمانة علـى امرأته ، إلى مَن ائتمنك ولا تخُن من خانك** » .

ومذهب بعض الأصوليين أنّ الاسم المُـفرد إذا دخل عليه الألف واللام أنه يقصرُ به عن سببه ،ولا يُحمل على عمومه .والصحيح خلاف ذلك .

---

(١) في ب : اختلافهم .
(٢) تقدم .
(٣) سقط من أ .
(٤) أخرجه البخاري (٥٠٤٩) .
(٥) في أ : فقال

ومن أصحابنا مَنْ ذهب للجمع بين الحديثين ، فحمل قولَه عليه السلام: « **خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف** » (١) .

على أن : تأخُذ مقدار ما يجبُ لها ، ولا تتعدّى ، فتأخُذ أكثر [مما يجب لها ، وكذلك يتأول قوله عليه السلام : «**ولا تخن من خانك**» أي : لا تتعدى ، فتأخذ أكثر] (٢) من الواجب فتكون [خُنْته] (٣) آخراً كما خانك [هو أولاً] (٤) ؛ لأن مَنْ أخذ حقَّهُ الواجب فليس بخائن ، فعلى المعروف الذي أباح به النبي ﷺ لهند تخرج الحديثان ، ولا يحمل على التعارض ، والأحاديث مهما أمكن الجمع بينها فلا يُطرح [بعضها ، تم الكتاب] (٥) والحمد لله .

❑❑❑

---

(١) تقدم .
(٢) سقط من أ .
(٣) في ب : خيانتك .
(٤) في أ : أولاً هو .
(٥) سقط من أ .



كتـاب العارية

كتاب العارية

تحصيل مشكلات هذا الكتاب وجملتها ثلاثُ مسائل :

[المسألة الأولى]

في ضمان العارية

ولا يخلو المستعير من وجهين :

أحدهما : أن يدَّعِي فساد الشيء المُعار .

والثاني : أن يدّعي هلاكَهُ وضياعَهُ .

فإن ادعى فسادًا بالشيء المُعار مثل : أن يستعير قياسًا ليعمل به ، فأتى به مكسورًا ، أو سيفًا ليُقاتل به عدوًا ، فأتى به مقطوعًا ، فادعى أن فساد ذلك الشيء وكسْرِه من سبب ما استعارُه له ، فهل يُصدّق المستعير أم لا ؟ فالمذهب على أربعة أقوال :

أحدها : أنه لا يُصدّق جُملةً حتى يُقيم البيّنة أنه ضرب به ضربًا يجوزُ له ، وهو قولُ عيسى في « العتبية » .

والثاني : أنه يُصدّق ولا يضمن إذا أتى بما يُشبه ،ويرى أن الكسْر يُصيبه في ذلك العمل ، وذلك لا يخفى ، وهو قول عيسى بن دينار ،ومطرف ، وأصبغ .

والثالث : أنه ضامن ،ولا يَصدَّق على حال ، وهو قول أشهب في «كتابه » .

والرابع : أنه لا يُصدّق ، ويكونُ ضامنًا إلا أن يُقيم بيِّنة على ذلك أو عَرف أنه كان معهُ في اللقاء ، وهو قول ابن القاسم في « المدونة » .

وسبب الخلاف : هل يُقاس عينُ الشيء المعار وتعييبه على ذهاب عينه أم لا ؟ .

فمن جعل تغييبهُ كذهاب عينه قال : المستعير ضامن ،ومن جعل تغييبهُ مُخالف لذهاب عينه قال : القول قولُ المُستعير في إسقاط الضمان عنه .

وبقية الأقوال جارية على الاستحسان على غير قياس .

فإن ادعى هلاك الشيء المُستعار وضياعهُ ، فهل يُصدّق في ذلك أم لا ؟ فالمذهب على ثلاثة أقوال :

أحدها : أن المستعير ضامن للعارية ، قامت البينة على التلف أو لم تقُم كانت مما يُغابُ عليه أم لا ، وهو قول أشهب ، وأحد قوليْ مالك ، وهو مذهب الشافعي .

والثاني : أنه لا ضمان عليه إلا أن يشترط الضمان ، وهذا القول حكاه أبو إسحاق بن شعبان في «الزاهي» وعابهُ .

والثالث : أنه يضمن فيما يُغابُ عليه إلا أن يقوم ببينة على التلف بغير سببه ، ولا يضمن فيما لا يغاب [عليه] (١) إلا أن يكون سبب التلف من المُستعير،وهو المشهور من قول مالك ،وهو قولُ ابن القاسم في « المدونة »، وهو أصح الأقوال وأوْلى بالصواب على ما نصف .

وسبب الخلاف : تعارُض الآثار وتجاذب الاعتبار .

فأما الآثار : فمنها ما رُوي أن رسول الله ﷺ حين أمَّنَ صفوان بن سليم ثم إنه غزى حنينًا ، فذكر له [ﷺ] (٢) أداة ، وسلاح عند صفوان، فأرسل إليه فسأله : « إياها عارية » ، فقال صفوان :[أين الأمان] (٣) : أتأخذها غصبًا ، فقال له رسول الله ﷺ : « **إن شئت أن تمسك أداتك**

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) في أ : بن الماهان .

فأمسكهـا ، وإن [أعرتها] [١] **فهي مضمونةٌ علـيّ حتى ترِد إليك** » فقـال صفـوان : ليس بهـذا بأس ، وقد أعـرتُك يا محـمد ، فبـعث إليه بمـائة [درع][٢] وأداتُها ـ وكان صـفوان كثير السلاح ـ فقـال النبي : : « **اكْـفِـنَـا حَمْلَها** » فحملها له صفوان [٣].

ورُوي أنه قال لـه : « أعاريةٌ مضمونـة أم عاريةٌ مؤداة » ، فقال عـليه السلام : « **بل عارية مؤداةٌ مضمونة**» .

وفي بعض الآثار : « عارية مؤداة » .

ومنها : ما رُوي عنه ﷺ أنه قال : « **ليس على المُستعير ضمان**» [٤] .

ومنها : ما رُوي عنه أيضًا ﷺ [أنه قال] [٥] : « **على اليـد ما أخذت حتى تؤديه** » [٦].

فمن أخذ بقوله عليه السلام : « **بل عارية مضمونةٌ مؤداة** » فقال بضمان العارية جُملة بلا تفصيل ، كما به قال أشهب ،والشافعي .

ومن أخذ بقوله عـليه السلام : « **ليس على المسـتعير ضمان** » فقـال : بنفي الضـمان جُملةً بلا تفصيـل ، كما به قال أبو حنيفـة ، إلا أن يشترطهُ كما حكى ابن شعبان .

---

(١) في أ : أعرتنا .

(٢) في ب : درهم .

(٣) أخرجه الـبخاري (٣٥٦٢) ، (٣٥٦٦) ،وأحمـد (١٥٣٣٧) ، (٢٧٦٧٧) ، والحاكم (٢٣٠٠) ، والدارقطني (٣ / ٣٩) ، وصححه الألباني ـ رحمه الله تعالى .

(٤) أخرجه الدارقطني (٣ / ٤١) بسند ضعيف .

(٥) أسقط من أ .

(٦) خرجـه أبو داود (٣٥٦١) ، والـترمـذي (١٢٦٦) ، وابن مـاجة (٢٤٠٠) ،وأحـمد (٢٠٠٩٨) ، وضعفه العلامة الألباني ـ رحمه الله تعالى .

ومَنْ فصل بين ما يُغاب [عليه] [١] وبين ما لا يُغاب [عليه] [٢] فقد جمل ؛ لأنه استعمل جميع الأحاديث ومازجها بوجه من النظر ، فيتأول على ما رُوي عنه عليه السلام بوجُوب الضمان في العارية فيما يُغابُ عليه، [إذا لم يعلم هلاكه . وما روى عنه من سقوط الضمان فيما لا يغاب عليه][٣] .

وفيما يُغاب عليه إذا عُلم هلاكه يُحمل على أن قولُه عليه السلام : «**بل عاريةٌ مضمونةٌ مؤداة** » [٤] من الألفاظ التي لا تستقل بأنفسها ، فلا يصحُّ الاحتجاج بها على وجوب الضمان ؛ لأن ما لا يستقل بنفسه فوجهُهُ أن يقصرُ على سببه ، ولا يُحمل على عمومه ، ولا خلاف بين الأصوليين في ذلك ، وإنما اختلفوا في اللفظ العام المستقلُّ بنفسِه .

وإنما يصحُّ [الاستدلال] [٥] بظاهر هذا الحديث ، [في وجوب] [٦] الضمان ؛ لو قال عليه السلام مجاوبًا لصفوان ؛ إذ قال له : أعاريةٌ مضمونة؟ أو « العارية مضمونة مؤداة » .

وأيضًا فإن في مقابلة هذا الحديث ما رُوي عنه قال : « **بل عاريةٌ مؤادة**»، فنفى الضمان ، وأوجب الأداء .

ويتأول أيضًا قوله عليه السلام : «**على اليد ما أخذت حتى تُؤديه** »[٧] على بقاء العين ، فأمّا مع تَلَفِهِ فلا يصح ، ولا يجوز حمله على القيمة ؛

---

(١) في ب : عنه .
(٢) في ب : عنه .
(٣) سقط من أ .
(٤) تقدم .
(٥) في ب :الاحتجاج .
(٦) في أ : بوجوب .
(٧) تقدم .

لأنه لم [يجد] (١) لها ذُكر .

وأما النظر باعتبار العارية [بالإجارة] (٢) ؛ لأنه مالٌ مقبوض لمنفعة القابض ، وَوَجَبَ ألا يضمن [ق / ٢٠٥/٢/أ] قياسًا على الإجارة ؛ لاتفاق الأئمة الثلاثة مالك ، والشافعي ، وأبو حنيفة أن الإجارة غير [مضمونة](٣) .

فأما [إن اشترط] (٤) المستعير إسقاط الضمان فيما فيه الضمان ، أو اشترط المُعير على المستعير إيجاب الضمان فيما لا ضمان فيه .

فإن اشترط المُستعير سقوط الضمان فيما فيه [الضمان] (٥) ، فهل يُوفّى له بعُهدةِ شرطهِ ، أم لا ؟ فالمذهب على قولين :

أحدهما: أن الشرط باطل ، والضمان لازم ، وهو قول ابن القاسم في بعض المدونة ، وهو قول أشهب ، وابن القاسم في « العتبية » .

والثاني : أنه يُوفى له بعُهدة شرطه ، ويُسقط عنهُ الضمان ، وهو قولُ أشهب في الصانع يشترط الإضمان عليه أنّ شرطهُ جائز ، ولا ضمان عليه، فإذا أسقط الضمان عن الصُنّاع بذلك الشرط ، فأحرى أن يُلزم في المستعير إذا أعارهُ على أن لا ضمان عليه ؛ لأنه قد فعل المعروف معهُ من جهتين :

وينبني الخلافُ على الخلاف : فيمن أسقط حقًا قبل وُجوبهِ ، هل

---

(١) في أ : يجب .
(٢) سقط من أ .
(٣) سقط من أ .
(٤) في أ : أن يشترط .
(٥) سقط من أ .

يسقط أم لا ؟ والقولان [في ذلك] (١) في المذهب .

فإن اشترط المُعير على المُستعير إيجاب الضمان فيما لا ضمان فيه ، أو مع قيام البيّنة فيما يُغاب عليه ، فهل [يوفي] (٢) له بمقتضى الشرط أم لا ؟ على قولين [ق/ ٢١١ب] :

أحدهما : أن الشرط باطل والضمان ساقط ، وهو قول ابن القاسم في المدونة ، وهو مشهور المذهب .

والثاني : أنه إن كان شرط عليه الضمان لأمرٍ خافهُ من طريقٍ مُخوِّفة أو نهرٍ أو لصوص أو ما أشبه ذلك ، فالشرط لازم إن عطبت في الأمر الذي خافهُ ، واشترط الضمان من أجلِه ، وهو قول مطرّف في « الواضحة» .

وسبب الخلاف : اختلافهم في الشرط هل يُخرج العارية عن سنتها أو لا ؟

فمن رأى أن يُوفِّي بمقتضى الشرط قال [: يخرجها عن سنتها الشرط ، ومن رأى أنه لا يوفى بمقتضاه قال : يبطل الشرط ، ولا يوفى بمقتضاه لأنه](٣) يُخرج العارية عن سنتها .

وقال بعض المتأخرين : وينبغي إذا اشترط المُعير على المستعير الضمان فيما لا يُغابُ عليه ، فأبطل ذلك الشرط بالحُكم عن المُستعير أن يلزمُهُ إجارة المثل في استعماله العارية ؛ لأن الشرط يُخرج العارية عن حُكم العارية ، وسنتها إلى باب [إجارة] (٤) الفاسدة ؛ لأن رب الدَّابة لم يرض أن يُعيرهُ إياها إلا بشرط أن [يحوزها] (٥) في ضمانه ، فهو عوضٌ مجهول يُردُّ إلى

(١) سقط من ب .
(٢) سقط من أ .
(٣) سقط من أ.
(٤) سقط من ب .
(٥) في ب :يحرزها .

المعلوم .

فإذا وجب ضمان العارية على المستعير ، فإنما يضمن قيمة الرقبة يوم انقضاء أجل العارية على ما نقصها الاستعمال المأذون فيه بعد يمينه : لقد ضاعت ضياعًا لا يقدرُ فيه على ردها ؛ لأنه يتهم على أخذها بالقيمة بغير رضا صاحبها .

وعلى القول بأنه لا ضمان عليه فيما لا يُغاب عنه ، فإن استعار دابة بعدتها ثم ادعى ضياعها ، فإنه يصدُق في عينِ الدابة ،ولا يُصدّق في سرجها ولجامها ؛ لأن ذلك مما يُغاب عليه .

فإذا ردّ المستعير الدابة [المستعارة] (١) مع عبده أو أجيره أو جارهِ ؛ فعطبت أو ضلّت فلا ضمان على المستعير ، ولا على الرسول ؛ لأن شأن الناس [على ذلك] (٢) أن يردّوه مع الذي [عندهم] (٣) من عبدٍ أو أجير ، وإن لم يُعرف ضياع ذلك إلا من قول الرسول ، فلا يُصدّق ،وهو قول مُطرف ، وابن الماجشون في « الواضحة » .

وأُجرة حمل العارية على المستعير قولاً واحدًا .

والدليل قوله ﷺ لصفوان في السلاح الذي أعَارَهُ إياه : « **اكْفِنا حملها**»(٤) .

وفي أُجرة ردِّها قولان :

فقيل : على المُستعير ،وهو الأظهر .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ب .

(٣) في ب : يرسله .

(٤) تقدم .

وقيل على المُعير ؛ لأن العارية معروف ، فلا يُكلّف أجرًا بعد معروفٍ صنعَهُ [والحمد لله وحده] [١] .

❑❑❑

(١) زيادة من ب .

[المسألة الثانية]
فيمن استعار عرصة
ليبنِي فيها أو يغرس ، ثم أراد إخراجه

ولا يخلو من وجهين :

أحدهما : أن يضرب لعاريته أجلاً .

والثاني : أن يُعيره ولا يضرب لذلك أجلاً .

فإن ضرب لعاريته أجلاً ، فليس له إخراجَهُ حتى يحلّ الأجل ؛وسواء رام ذلك قبل أن يبني ويغرس أو بعد ما بنى وغرس .

فإذا حلّ أجل العارية أو أراد المستعير أن يخرج قبل الأجل ، فإنه يخرج ، وهل يُعطيه المُعير قيمة عملهِ قائمًا أو منقوضًا؟ فالمذهب على قولين قائين من المُدونة :

أحدهما : أنه يُعطيه قيمتُه منقوضًا ،ويأمرُه بقلعِه ، وهونصٌّ قول ابن القاسم في المُدونة .

والثاني : أنه يُعطيه قيمتهُ قائمًا ، وهو قول المغيرة ،وابن كنانة ، ومطرف ، وابن الماجشون ،ورواياتهم عن مالك ؛ على ما حكاه سحنون في « العتبية » ، وابن حبيب في « الواضحة » ، ووقع في بعض نسخ «المُدونة» في رواية ابن هلال : أنه يأخذ قيمتهُ ولم يذكر منقوضًا ، وظاهره قائمًا .

فإن لم يضرب لعاريته أجلاً ، فرأى إخراجه ، فلا يخلو من أن يرومُه قبل أن يبني ،ويغرس أو بعدما بَنى .

فإن رامُه قبل أن يبني ويغرس ، فلِلمُعير إخراجه .

وإن كان ذلك بعدما بنى ، فلا يخلو من وجهين :

أحدهما : أن يكون ذلك بعدما مضى من الزمان ما يُعار إلى مثله .

وإما أن يكون قبل أن يمضي ذلك .

فإن كان بعدما مضى من الزمان ما يُعار إلى مثلهِ ، هل يُمكَّن من ذلك أم لا ؟ فالمذهب على خمسة أقوال :

أحدها : أن ذلك له ، ويُعطيه ما أنفق ، وقيمة ما أنفق على اختلاف الواقع في « الكتاب » على ما سنبين توجيهه إن شاء الله ، وهو قول ابن القاسم في «الكتاب» .

والثاني : أنه لا يُمكَّن من إخراجه ،وإن أعطاهُ ما أنفق حتى يمضي من الزمان ما يُعارُ إلى مثله من الأمد ، وهي رواية الدمياطي عن ابن القاسم في« العتبية » .

والثالث : أن له إخراجه فيما قرُب أو بعُد ؛ لأنه فرّط إذ لم يضرب أجلاً ، ويُعطيه ربُّ الأرض قيمة ذلك مقلوعًا ويأخذُهُ ، أو يأمرُهُ بقلعهِ ، وهو قولُ أشهب في « كتابه » .

والرابع : التفصيل بين أن يكون ذلك لحاجته إلى عرصته أو إلى بيعها [لا] [(١)] لشرٍ وقع بينهما ، فيجوز ذلك له . وإن كان لغير حاجة و[لكن][(٢)] لشر وقع بينهما ، فليس ذلك له ، وهي رواية الدمياطي عن أشهب في « العتبية » .

والخامس : التفصيل بين أن يكون ذلك قبل أن يسكُن فلا يُخرجه ، وإن أعطاهُ قيمتهُ قائمًا إلا برضاه ، أو يكون ذلك بعد أن سكن ، فله إخراجه ، وهو قولُ أصبغ ، وبه أخذ يحيى بن عمر . فإن بنى وغرس على أنه إذا

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

حلّ الأجل ترك الغرس ، والبناء لرب الأرض ، فلا يخلو من ثلاثة أوجه:

أحدها : أن يُعيرُه على أنّهُ إذا [حل الأجل] [١] خرجَ وتَرَكَ [الغرسَ والبناء] [٢] لربِّ الأرض .

والثاني : أن يُعيرَهُ على أنه إذا دخل الأجل أخذ قيمتهُ قائمًا.

والثالث : أن ينبني على أنهُ إذا حلّ الأجل قَلَعَ غرسهُ ،ونقض بنيانهُ ، وترك عرصته .

فأمـا الوجـه الأول : إذا أعارهُ على أنّهُ إذا خرج تـرك البناء ، والغرس لربِّ الأرض ، فلا يخلو من أربعة أوجه :

أحدها : أن يضرب لعاريته أجلاً ويُبين البناء .

والثاني : أن يضرب الأجل ، ولم يُبين البناء .

والثالث : أن يبين البناء ، ولم يضرب الأجل .

والرابع : ألا يُبين [البناء] [٣] ، ولا يضرب الأجل .

فأما إذا ضرب لعاريته أجلاً وبيّنَ البناء ، فلا يخلو من وجهين :

أحدهما : أن يكون [الأجل] [٤] قريبًا أو بعيدًا .

فإن كان قريبًا مما يجوز للبائع أن يستثنى سكناه إذا باع [داره] [٥] ،ولا يتغير البناء إلى ذلك الأمد [فإنــه حوز قولاً واحدًا ، فكأنه المعير قد أكرى أرضه إلى الأمد] [٦] المضروب لذلك البناء .

---

(١) سقط من أ .

(٢) في ب : القيمة .

(٣) سقط من أ.

(٤) في ب : الأمد .

(٥) سقط من أ .

(٦) سقط من أ .

فإن كان بعيدًا مثل عشر سنين وما قاربها ،فلا يخلو من بنَّاهُ من البنيان من أن يتغير إلى ذلك الأمد أولا يتغير ، فإن كان يتغير إلى ذلك الأمد ؛ فإن ذلك لا يجوز ، ولا يدري كيف يصير البناء في هذا الأمد ، وهو مذهب « الكتاب » ؛ لأنه ذكر في السؤال عشرِ سنين .

فإن كان البناء لا يتغير إلى ذلك الأمد ، مثل : أنْ يصِف [بناء] [١] مُتقنًا لا يُمكن تغييرهُ هذا الأمد ، جاز ذلك ، وهو تأويل ما في «المدونة».

وإذا ضرب الأجل ، ولم يُبين البناء أو بيّن البناء ، ولم يضرب أجلاً ، أو لم يُبين البناء ،ولا ضرب أجلاً ، كان ذلك فاسدًا قولاً واحدًا، وهل يُفسخ ذلك بينهما في الحال أو يمضي ذلك إلى أجله بالقيمة؟ فلا يخلو من أن يعثُر على ذلك قبل أن يبنى أو بعد ما بَنَى .

فإن عثُر على ذلك قبل أن يبنى ، فإنه يُفسخ قولاً واحدًا .

فإن عثُر على ذلك بقبل عدما بنى ، فهل يفوت بالبناء أو يُفسخ أم لا ؟ على قولين قائمين من المدونة :

أحدهما : أنه يُفسخ ، ويكون النقض للباني ، وعليه كراء القاعة ، ويُخير عليه المُعير إن شاء أمرهُ بقلعه ، وإن شاء أعطاه قيمتهُ منقوضًا ، وهو قول ابن القاسم [في الكتاب] [٢] في « كتاب العارية ».

والثاني : أنه يفوت بالبناء ، ولا يفسخ ، ويسكن إلى الأمد المضروب أو [إلى مثله] [٣] إن لم يضربا أجلاً ، وعليه كراء المثل ، وهو قوله فيمن أكرى كراءً فاسدًا ، فبنى أنّ لهُ السُكنى إلى المُدة، وعليه كراء المثل .

---

(١) في ب : بنيانًا .

(٢) سقط من أ.

(٣) في أ : إلى ما يعار إليه .

وينبني الخلاف على الخلاف في الأصول ، هل هي قابضة على ملاكها أم لا ؟

فمن رأى أنها قابضة على ملاكها قال : إنه يفوتُ بالبناء ، وله السُكنى إلى الأمد .

ومن رأى أنها غير قابضة على ملاكها قال : بفسخه ولا يسكُن ؛ لأن رب الأرض لم [يقبض] [١] البنيان بعدُ فكأنه باقٍ في يد بائعهِ .

وأما الغرس : إذا أعارهُ أرضه على أن يغرس فيه المُستعير إلى أجل كذا، فإذا حلّ الأجل كان الغرس للمُعير ، فهل يجوز ذلك أم لا ؟ فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنّ ذلك لا يجوز ، وهو قول ابن القاسم في كتاب [كراء][٢] الدُور والأرضين .

والثاني : أن ذلك جائز ، وهو قولُ أشهب في : الكراء [إذا] [٣] اكترى الأرض على أن يغرس فيها شجرًا على أن يكون لربِّ الأرض إذا حلَّ الأجل قياسًا على البُنيان . وعلى القول [ق / ٢٠٦/ ٢/أ] بأن ذلك لا يجوز ، واختلف في علّته على ثلاثة أقوال :

أحدها : أن العلة في ذلك غرره ؛ إذ لا يدري هل يُسلِّم الشجر إلى ذلك الأجل أم لا ؟ وبهِ علّل في [الكتاب] [٤].

والثاني : أن العلة في ذلك كراء الأرض بالطعام .

---

(١) في أ : يمض .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) في أ : الكتب .

والثالث : أنّ العلة في ذلك بيع الطعام قبل بُدوّ الصلاح .

وينبني الخلافُ فيها على الخلاف في المغارسة الفاسدة : هل الشجر فيها على ملكِ الغارس أو على ملك رب الأرض ؟

فمَنْ علّل المنع بأن ذلك كراء الأرض بالطعام ، فقد [جعل] (١) الشجرة على ملكِ الغارس ؛ إذ قد يعطيها ، وفيها ثمر ، فيصير قد اكترى الأرض بالطعام ، وهو مذهب ابن القاسم الذي يقول في المغارسة الفاسدة أنّ الشجر على ملك الغارس .

ومَنْ علّل بأنهُ يبيع الثمر قبل بُدوّ [صلاحه] (٢) جَعَلَ الغرسَ لربِّ الأرض ؛ لأن أرضهُ قابضة له بوضع العامل ذلك فيها ، ويكون للعامل قيمتهُ يوم وضعهُ في الأرض ، فصار ربُّ الأرض أعطى للعامل في [إجارته] (٣) ثمن هذا الغرس قبل أن يَبدو صلاحهُ [وذلك بيع الثمر قبل بدو صلاحه](٤) [وهذا] (٥) مستوعب في «كتاب كراء الأرض» في مسألة مفردة .

فأما الوجه الثاني : إذا بنى على أنهُ إذا حلّ الأجل أخذ قيمتَه قائمًا ، فإن ذلك لا يجوز ، كأنه أكرى الأرض تلك المُدّة بما يُغادر فيها من البناء بقيمته ، يوم يتركهُ ، وهذا من الغَرَر وسلف جر منفعة ، وهو قول مطرف، وابن الماجشون في « الواضحة » وبه قال أصبغ ، فإذا بنى على هذا ، فَلَهُ قيمة بنيانه قائمًا يوم فرغ منه أو ما أنفق فيه ، ثم يكون لرب العرصة قيمة كرائها مبنية من يوم سكن ، وهو قول من ذكرنا .

---

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : صلاحها .

(٣) في ب : أجرته .

(٤) سقط من أ .

(٥) في أ : وفيها .

وأما الغرر فظاهر ؛ إذ لا يدري كيف يصير البناء عند حلول الأجل ، وأما كونُه سلفًا جرّ نفعًا ، فلكون الغارس وجبت له القيمة بنفس ما فرغ من البناء على ربّ الأرض ، فتأخيرُه إياه بتلك القيمة إلى الأجل سلفٌ منه لرب الأرض ، وجرّ به نفعًا وهو استنفاعه بالأرض إلى الأمد المضرب .

وأما الوجه الثالث : إذا بنى على أنه إذا حلّ الأجل ، قَلَعَ بُنيانه وفرّغ العَرَصة لربها ، فالشرط باطل ، فإن ذلك من باب الضرر ، وإنما يأخُذ قيمتُه باختيار ربّ العرصة ، وهو قول مطرف ، وابن الماجشون .

واختلف هل يأخذ قيمتهُ منقوضًا أو قائمًا على قولين :

أحدهما : أنه يأخذ قيمتهُ منقوضًا ، وهو قول ابن القاسم .

والثاني : أنه يأخذ قيمتهُ قائمًا ، وهو قول مطرف ، وعبد الملك .

وقد اختلف المتأخرون في تأويل قوله في المُدونة : « يغرم ما أنفق » ، وفي موضع آخر : يغرم قيمة ما أنفق.

فمنهم من قال : إنّ ذلك اختلاف [قول] (١) وهو أسعد بظاهر الكتاب .

ومنهم من قال : إن ذلك اختلاف حال ، فيكون قولهُ « يغرم ما أنفق » إن كان تولّى العمل بنفسه ، ولم يستأجر عليه ، ولا اشترى أنقاضًا ، وإنما أخرجها من عنده .

والتأويل الثاني : أظهر في المعنى ، وقد قيل غير ذلك ، والتأويلات أقرب [وأشبه في الظاهر والمعنى ، والحمد لله وحده] (٢).

❑❑❑

(١) في أ : من القول .

(٢) سقط من أ .

المسألة الثالثة

في اختلاف المُعير والمستعير وشهادة الرسول في ذلك

واختلافهما يرجع إلى اختلاف المُتكاريين ، وقد استوفينا الكلام عليه في « كتاب الرواحل والدواب » ، ونُفرد الكلام هاهنا على فصلٍ لم نتكلم عليه هناك ، وذلك : إذا بعَث رسولاً إلى رجلٍ يُعيرُه دابة يركبُها إلى «برقة»، فأعارَه فركبها المُستعير إلى « برقة » فعطبت ، فقال المُعير : إنما أعرتُهُ إلى فلسطين .

فلا يخلو الرسول من أن يُقرَّ بالتعدِّي أو لا يُقر .

فإن أقرَّ بالتعدي واعترف بأنه قال لربّ [ق/ ٢١٢ب] الدابة غير ما أمرهُ به المُستعير ، فلا تخلو المسافتان من أنْ تتساويا في السهولة ، والوُعورة أو تختلفا .

فإن تساوت ، فلا ضمان على واحدٍ منهما ، لا على الرسول ، ولا على المستعير ؛ لأن المُستعير نفسُه لو أصرفها إلى غير المسافة التي استعار إليها ، وكانت مثلَها لسقَطَ عنهُ الضمان .

وإن اختلفت في السهولة والمرونة ، وكانت التي ركبها فيها أشق من التي أذن فيها المُعير ، فالرسول ضامن لقيمة الدابة دون المستعير .

فإن لم يعترف الرسول بالتعدِّي ، والمُعير ، والمُستعير قد اختلفا ، فإن تساوت المسافتان ، فلا ضمان على المستعير .

وإن كان مسافة الركوب أشق ، فلا يخلو اختلافهما من أن يكون قبل الركوب أو بعد الركوب .

فإن كان قبل الركوب ، فالقولُ قول المُعير مع يمينه قولاً واحداً.

وإن كان بعد الركوب ، وعطبت الدابة ، فالقول قول المستعير في إسقاط الضمان عن نفسه ، وهل يلزمهُ كراء ما بين المسافتين أم لا ؟ فالمذهب على قولين [قائمين] (١) من المدونة :

أحدهما : أنه لا كراء عليه ، [وهو قول ابن القاسم في « المدونة»] (٢) [فيما] (٣) وجدهُ في « مسائل عبد الرحيم » في « كتاب العارية » من «المدونة » .

والثاني : أنه يلزمُهُ كراء [ما] (٤) بين المسافتين ،وهو قول سحنون في بعض روايات « المُدونة » ، وإن القول قول المُستعير في إسقاط الضمان عن نفسه ، والقول قولُ المُعير في وجوب الكراء له ، وهو قول أشهب في «مدونته » ،وبه أخذ ابن حبيب .

وعلى القول بأن المُعير يأخذ الكراء ،هل يأخذُهُ بيمين أو بغير يمين ؟

فإن قامت له البينة أن الرسول قال له : إلى فلسطين ، فيأخذهُ بغير يمين، وإن لم تقُم له بيّنة فلا يأخذُه إلا بيمين سواءً صدّقهُ الرسول أو كذّبهُ، ولا يُنظر إلى شهادة الرسول [لواحد منهما] (٥) [والحمد لله وحده وصلى الله على محمد](٦).

❑❑❑

(١) سقط من أ .
(٢) سقط من ب .
(٣) في ب : في .
(٤) سقط من ب .
(٥) سقط من أ .
(٦) زيادة من ب.

كتاب اللقطة



كتاب اللُّقَطَة

تحصيل مشكلات هذا الكتاب [وجملتها ثلاثة مسائل] [١] :

[المسألة الأولى]

في أخذ اللُّقَطة وتركها ، أيهما أفضل؟

واللُّقطة : بضمِّ اللام و[فتح] [٢] القاف : ما ألتقط وأصل الالتقاط : وجود الشيء على غير قصد وطلب ، فإذا ثبت ذلك ، فلا تخلو اللُّقطة من أربعة أوجُه :

أحدها : أن تكون [اللقطة] [٣] بين قومٍ مأمونين ، والإمام عادل .

والثاني : أن تكون بين قوم غير مأمونين ، والإمام [عادل .

والثالث : أن تكون بين قوم مأمونين ، والإمام غير عادل.

والرابع : أن تكون بين قوم غير مأمونين والإمام] [٤] جائر .

فأما إن كانت : بين قومٍ مأمونين ، والإمام عدل ، فلا تخلو من أن تكون : لُقطة مكة أو لُقطةُ الحاج أو تكون لُقطة سائر البلاد .

فإن كانت لُقطة مكة أو لُقطةُ الحاج ،فإنّ أخذها ورفعها ممنوع .

أما لُقطة الحاج : فقد انعقد الإجماع على أنه لا يجوز التقاطها ، لنهيه ﷺ عن ذلك .

فإن التقطها مُلتقط فعليه من تعريفها ما يجبُ عليه في غيرها .

---

(١) سقط من أ .

(٢) زيادة من ب .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

وأما لُقطة مكة : فقد رُوي عنه ﷺ فيها لفظان :

أحدهما : لا ترفع لُقطتها إلا لُمنشد .

والثاني : « لا يُرفع لُقطتها إلا لمنشد »(١) ، فالمعنى [الأول](٢) أنها : لا تُرفع إلا لمن يُنشدُها ، فيُقال [له : هذا لك](٣) .

والمعنى الثاني : أنه لا يلتقطها إلا مَن يُعرِّف الناس بها .

فعلى [المعنى](٤) الأول : تكون كلُقطة الحاج .

وعلى المعنى الثاني : يكون حُكمها حُكم سائر البلاد إلا في التعريف، وأنَّهُ يُعرِّف بها أبدًا ، وإن طال زمانه ،كذا قال علماؤُنا [رضي الله عنهم](٥) .

فإن كانت لُقطة سائر البلاد ، فلا خلاف في المذهب في جواز أخذها ، وإنما اختلفوا في الأفضل في الأخذ ، والترك على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنّ تركها أفضل من أخذها جُملةً بلا تفصيل ، وهو قولُ مالك، وجماعة من أهل العلم على ما نقلهُ القاضي في النهاية ، وهو مذهب عبد الله بن عمر رضي الله عنه ، وهذا القول قائم من « المدونة » من « مسألة الكساء » حيث قال مالك :بأنّه قد أحسن حين ردّهُ [وأصاب](٦) .

والثاني : أن أخذها أفضل من تركها ؛ لأنه مالٌ يجمع على ربّه ويمسّك

(١) أخرجه البخاري (٦٤٨٦) ، ومسلم (١٣٥٥) .
(٢) في أ ، ب : الواحد .
(٣) في أ : لها ذلك .
(٤) سقط من ب .
(٥) زيادة من أ .
(٦) في أ : وأطاب .

عليه ، وهو أحد قولي مالك ، وهو مـذهب سعيد بن المسيب رحمه الله ، [وذهب] (١) إلى أن حُرمة المال كحُرمة النفس .

والثالث : التفصيل بين اليسير والكثير ، فإن كان كثيرًا [فأخذه] (٢) أفضل ، وإن كان يسيرًا فتركَه أفضل ، وهي إحدى [روايات] (٣) ابن القاسم عن مالك ، وهو قول أشهب .

وعلى القول بأن تركها أفضل ، فإن أخذها ثم ردها في موضعها ، فلا يخلو من وجهين :

أحدهما : أن يأخذها بنية الاختيار .

والثاني : أن يأخذها بنية التعريف بها .

فإن أخذها بنية الاختيار ، مثل أن يمرَّ بها فيُعرفها لقومٍ سائرين ، فيصيح لهم أهذا لكم فيقولون : لا ، فيردها فضاعت فهذا لا خلاف أعلمه في المذهب أنه لا ضمان عليه قرب أو بعد .

وإن أخذها بنية : التعريف بها ثم ردّها ، فضاعت : فالمذهب في ضمانه على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه ضامِنٌ لها جُملةً ، وهو تأويل بعض الشيوخ على قول ابن القاسم في « الكتاب » ، وعليه يدلُّ احتجاجُهُ في « الكتاب » ، وهذا القولُ حكاهُ القاضي أبو محمد عبد الوهاب في المسألة ، ولا فرق في ذلك بين القُرب والبُعد .

والثاني : أنهُ لا ضمان عليه جُملة ، رَدَّهَا بالقُرب أو بالبُعد ، وهو قول أشهب .

---

(١) سقط من ب .

(٢) في أ : فأخذها .

(٣) في أ : رواية .

والثالث : التفصيل بين القُرب والبُعد ، فإن ردَّهُ [بالقرب] [١] لا ضمان عليه ، وإن ردّهُ بالبُعد ضمِن ، وهو نصُ قول ابن القاسم في البُعد، وتأُوِّل عليه في « المدونة » أنه لا ضمان عليه ، بدليل قوله في « الكتاب » فأرى أن من أخذها على غير هذا الوجه حتى يتبين بها عن ذلك الموضع » إلى قوله : « فإن [رده] [٢] بعد ما ذهب به ، ومكث في يده فهو ضامن»، ومن قوله أيضًا : والذي أراد مالك أنه ردّها مكانُه من ساعته » ، وإلى هذا التأويل نحا [الشيخ] [٣] أبو الحسن اللخمي رحمه الله

وأما الوجه الثاني : إذا كانت بين قومٍ غير مأمونين ، والإمام عدل ، فأخذها واجب قولاً واحدًا ،لما في ذلك من صيانة مال امرئٍ مسلم .

وأما الوجه الثالث : إذا كانت [ق/ ٢٠٧/ ٢أ] بين قومٍ مأمونين ،والإمام غير عدل ، فالأفضل ألا يلتقطها ،ولا يتعرض لها .

وأما الوجه الرابع : إذا كانت بين قومٍ غير مأمونين ، والإمام جائر ، فهو مُخيّر إن شاء أخذها ، وإن شاء تركها ، وذلك بحسب ما يغلُب على ظَنِّه من سلامتها وهلاكها .

فإذا ثبت ذلك : فما الحكم في التعريف بها إذا أخذها على سائر الوجوه التي ذكرناها؟

وذلك يختلف باختلاف اللُقطة [وهي تنقسم] [٤] على ثلاثة أقسام :

أحدها : [ما] [٥] يبقى في يد ملتقطه ،ويُخشى عليه التلف إن ترك .

---

(١) في أ : في القرب .
(٢) في أ : ردها .
(٣) زيادة من ب .
(٤) في ب : وذلك ينقسم .
(٥) سقط من أ .

[**والثاني** : ما لا يبقى في يد ملتقطه ويخشى عليه التلف : إن ترك] (١)

والثالث : ما يبقى في يد ملتقطه ولا يخشى عليه التلف إن تُرك .

فأما الـوجه الأول : وهو ما يبقى في يد مُلْتقطه ، ويُخشى عليه التلف إن تُرك كالدنانير ، والدراهم ، والعروض ، فلا يخلو من ثلاثة أوجه:

أحدهـا : أن يكون يسـيرًا [جدًا] (٢) ولا بال له ،ولا قدْر لقـيمته ، ويعلم أن صاحبهُ لا يطلبهُ لتفاهته .

والثـاني : أن يكون يسيرًا إلا أنّ له قـدرًا ومنفعة ، [وقد شح] (٣) بـه صاحبهُ ويطلبهُ .

والثالث : أن يكون كثيرًا له قدرٌ وبال .

فأما الوجـه الأول من الوجه الأول : إذا كان يسيرًا لا بال له ،ويعلم أن صاحبهُ لا يطلبُهُ ، فإن هذا لا يُعرّف به ،وهو لمن وجده إن شاء أكلَهُ ،وإن شاء تصدّق به .

والأصل فـيه : ما رُوي أن رسول الله ﷺ مرّ بتمرةٍ في الطريق فقال : «**لولا أنِّي خشيتُ أن تكون مِنْ الصدقة لأكلتها** » (٤) ، لَم يذكُر فيها تعريفًا، وهو قول أشهب فـي الذي يجد العصا أو السوْط : أنه يُـعرِّف به ، فإن لم يفعل ، فأرجو أن يكون خفيفًا .

وأما الوجه الثاني : إذا كان يسيرًا إلا أنّ له قدرًا وبالاً ، ومنفعة ، وقد يشح بـه صاحبهُ ويطـلبُه ، فهذا لا خلاف فـي وجوب التعريـف به إلا أنه

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) في أ : ويبيح .

(٤) تقدم .

يختلفُ في حدِّهِ على قولين قائمين من « المدونة » :

أحدهما : أن التعريف به سنة كالذي له بال ، وهو ظاهر ماحكى ابن القاسم عن مالك في المدونة .

والثاني : أنه يُعرفها أيامًا ،وهو قول ابن وهب في « العتبية » ، و[هو][1] قول ابن القاسم [من رواية] [2] في « المدونة » .

وأما الوجه الثالث : إذا كان كثيراً له بال ، وقدر ، فهذا لا خلاف في وجوب التعريف به حولاً كاملاً .

فإن استنفقهُ واستهلكهُ قبل السنة ، فإنهُ يضمن قولاً واحدًا.

فإن ضاعت بغير سببهِ فلا ضمان عليه ، وهو مُصدّقٌ بغير يمين .

وأما حُكمها بعد التعريف بها سنة ، فلا خلاف بين فقهاء الأمصار ، أن لهُ أن يتصدق [بها] [3] بعد السنة غنيًا [كان] [4] أو فقيراً .

واتفقوا أيضًا أنَّ لهُ أن يأكلها بعد السنة إن كان فقيراً ، ويضمنها .

واختلف في الغنيّ ، هل يجوز له أن يأكلها بعد السنة ، ويضمن أم لا على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه يجوز [له] [5] أن يأكلها ويضمنها ، وهو قولُ مالك ، والشافعي ،

والثاني : أنه لا يأكلها ،ولا يُنفقها قليلة كانت أو كثيرة ، وهو قولُ ابن القاسم في « النوادر » ، وهو مذهب أبو حنيفة .

---

(١) سقط من أ .

(٢) في ب : من رأيه .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من أ .

والثالث : التفصيل بين اليسير والكثير، فالكثير لا يأكلُهُ ، [واليسير][1] يجوزُ له أن يأكله ، وهو قول ابن وهب في « النوادر » .

أيضًا ، وكُلُّهم مُتفقون على أنّهُ ضامنٌ لها إن أكلها بعد السنة أو تصدّق بها ،إلا « أهلُ الظاهر » ، فإنه قالوا : لا ضمان عليه .

وسبب الخلاف : تعارُض أحاديث اللُّقطة لأصل الشرع ، فمن ذلك حديث يزيد بن خالد الجهني ـ وهو حديث متفق على صحته ـ قال : جاء رجلٌ إلى رسول الله فسألهُ عن اللُّقطة فقال له : « **اعرف عفاصها ، ووكاءَهَا ثُمَّ عرّفها سنة ، فإن جاء وإلا فشأنك بها** » [2] ، وبهذا الحديث استدلّ من يقول بجواز أكلها بعد العام مع الضمان .

ومنها ما خرّجهُ البخاري ، والترمذي عن سُويد بن غفلة ، قال : لقيتُ أُبيّ بن كعب فقال : وجدتُ صُرّةٌ فيها مائة دينار ، فأتيتُ النبي ﷺ فقال : « **عَرِّفها حوْلاً** » فَعرّفها فلم أجد ، فأتيته ثلاثًا ، فقال : «**احفظ عفاصها ، ووكاءها ، فإن جاء صاحبها ، وإلا فاستمتع بها** » [3] ، وزاد الترمذي وأبو داود : « **فاستنفقها** » [4]، وبهذا يستدلُّ أهلُ الظاهر .

ومقتضى دليل الشرع أنه لا يحلُّ مال امرئٍ مُسلم إلا عن طيب نفسٍ منه .

فمن غلّب أصل الشرع على ظاهر الحديث قال : لا يجوز لهُ فيها التصرفُ إلا بالصدقة ، على أن يخير صاحبها إذا قدَم .

---

(١) في أ : والقليل .

(٢) أخرجه البخاري (٢٢٤٣) ، ومسلم (١٧٢٢) .

(٣) أخرجه البخاري (٢٢٩٥) .

(٤) أخرجه أبو داود (١٧٠٤) ، (١٧٠٦) ،(١٧٠٧) ، والترمذي (١٣٧٢) ، (١٣٧٣)، وابن ماجة (٢٥٠٤) ،وأحمد (١٧٠٨٧) .

ومن غـلّب ظاهـر الحديث عـلى الأصل ، ورأى أنـه مُستـثنى مـنهُ، قال: تحلُّ له بعد العام ،وهي مالٌ من مالهِ ، ولا يضمنها إن جاء صاحبها .

ومن توسَّط ، قال : يتصرّفُ فيها بعد العام ،وإن كان غنيًا : على جهة الضمان .

وأما الوجه الثاني مـن أصل التقسيم : وهو ما لا يبقى في يدِ مُلتقطهِ ، ويُخشى عليه التلف إن ترِك ، كالشاة في القفر ، أو الطعام الذي يُسرع إليه الفساد .

وأما الشاة فلا تخلو من وجهين :

إما أن يجدها بقُرب العمران .

أو يجدها بعيد العمران .

فإن وجدها بِقُربِ العمران فلا يأكلها ، [وليعرف بها في أقرب العمران إليه ، فإن وجدها بعيدًا من العمران ، فـلا يخلوا من أن يحملها حكم إلى العمران أو يذبحها ، فإن حملها إلى العمران فلا يأكلها] [(١)] وحُكمها ما وُجد في العـمران [على] [(٢)] سواء فإن لم يأكلهـا ، فلا تخلو من : أن تكون [معه] [(٣)] ماشية في [الفلاة] [(٤)] أو لم تكن معه ماشية .

فإن كانت معهُ ماشية ، فلا يأكلها ،ولا يذبحها ، وتكون مع ماشيته ، إن جاء ،وله حلابُها ،ولا يُتبع بها إن جزهـا ، فإن ذبحها ضَمِنَها ، ذَبَحَهَا قبل السنة أو بعدها ، إلا أن يخاف عـليها الموتُ ثمّ لا شيء عليه ، إلا أن يقدر عـلى بيع لَحمـها ، وهو قول ابن نـافع عن مالك ، قال سـحنون :

(١) سقط من أ .
(٢) سقط من أ .
(٣) في أ : له .
(٤) في أ : الفلوات .

وكذلك شاة وجدها في غَنَمِه ، فهي كاللُّقطة يتصدقُ بها [ق/٢١٣ب] بعد السنة ولا يذبحها ، ولا بأس أن يأكل لَبَنَها ، وهذا خفيف .

فإن لم تكن معهُ ماشية ، وإنَّمَا هو مُنفردٌ بنفسه ، وبعياله ، فلا خلاف في المذهب أنَّ له أن يذبحها ويأكلها ثمَّ لا ضمان عليه [لصاحبها] [١] إن جاء بعد ذلك ، لقوله عليه السلام : « **هي لك أو لأخيك أو للذئب** » [٢] ، فأتى باللام التي هي للتمليك ، وساوى [بينه] [٣] وبين الذئب ، الذي لا ضمان عليه .

فإن ذبحها ، وجاء بلحمها إلى العُمران فله أكلُهُ ، كان غنيًا أو [فقيرًا][٤] أو يصير لحمها وجلدها مالاً من مالِه ، ويطيبُ له ذلك ، وليس عليه أن يُعرِّفها ، فإن جاء ربُّها بعد ذلك ، فلا ضمان عليه إلا أن يأتي ، ولحمُها قائمٌ بيدِهِ ، فيكونُ أَحَقُّ به . وهذا كلُّهُ نص قول أصبغ في «العتبية» .

وفي المسألة : قولٌ آخر أنَّهُ لا يأكلُهُ ؛ بل يبيعهُ ، ويُوقف ثمنهُ ، فإنْ أكلَهُ بعد قدومِهِ بِهِ ضمِنَهُ لربِّه ، وهو قول غير أصبغ في الطعام في «النوادر» .

وأمّا الطعام الذي لا يبقى ، فلا يخلو مِنْ وجهين :

إما أن يجدهُ في العُمران .

أو يجدهُ في فيافي الأرض .

فإن وجدهُ في العُمران ، فلا خلاف أنَّهُ يبيعَهُ ويُوقف ثمنهُ ، فإنْ أكَلَهُ

---

(١) في أ : لصاحبه .

(٢) تقدم .

(٣) في أ : بينها .

(٤) في ب : لم يكن .

أو تصدّق به ، هل يضمن أم لا ؟ فالمذهب على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه ضامنٌ له ، أكلهُ أو تصدّق به ، وهو ظاهر قولُ « أشهب» في « النوادر » .

والثاني : أنه لا ضمان عليه ، أكلهُ أو تصدّق به ،وهو ظاهر قولُ ابن القاسم في « المُدونة » .

والثالث : [أنه] [1] إنْ أكَلَهُ ضمنهُ لانتفاعه به ،وإنْ تصدّق به لم يضمنْه ،وهو قولُ ابن حبيب في «الواضحة » .

فإن وَجَدَهُ في فيافي الأرض : فلا يخلوا من أن يأكُلَه هناك أو يصل به إلى العمران .

فإن أكلهُ هناك فلا ضمان عليه قولاً واحدًا في المذهب غنيًا كان أو فقيراً كالشاة .

فإن حملَهُ إلى العُمران هل يضمنهُ إنْ أكلَهُ أم لا ؟ فالمذهب على قولين:

أحدهما : أنّهُ ضامنٌ له ؛لأنَّ عليه أن يبيعَهُ ويُوقف ثمنُه ، وهذا القول حكاهُ الشيخ أبو محمد في « النوادر » .

والثاني : أنه لا ضمان عليه ، وهو قول أصبغ في « العتبية » في اللحم.

وأمّا الوجهُ الثالث من أصل التقسيم : وهو ما يبقى في يدِ مُلتقطه ، ولا يخشى عليه التلف إن تركَهُ كالإبل ، فلا يخلو من وجهين : إمّا أن يجدها في مستعتب [من] [2] الأرض أو في مسبعة .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

فإن وجدها في مستعتب ، فلا يخلو من أن يكون ذلك : في زمن العدل أو في زمن الجور .

فإن كان ذلك في زمن عدلٍ ،وصلاح الناس ، فلا يأخذها ولا يتعرض لها ، لقوله عليه السلام : « **مَا لَكَ ولها ، ومعها سقاؤها وحذاؤها ترد الماء، وتأكل الشجر حتى يلقاها ربها** » (١) .فإن أُخذت عُرِّفَت ، فإن لم تُعَرَّف رُدَّت حيثُ وُجدت ، على ما جاء عن عمر رضي الله عنه.

فإن كان في زمن الجوز ، هل يكونُ حكمها حُكمِ ضالة الغنم أم لا ؟ فالمذهب على قولين :

أحدهما : أن ذلك عمومٌ في زمنِ العدل ، أو في زمنِ الجور ، وهو ظاهر قولُ مالك في «المدونة » ،وهو قول أشهب في « العتبية » .

والثاني : أن ذلك خاصٌ بزمنِ العدل ، وأما زمنِ الجور ، وفساد الناس، فالحُكم [فيها] (٢) أن تؤخذ وتُعرف ، فإن لم تُعرف : بيعت ، ووُقف ثمنُها لصاحبها .

فإن لم تُعرف : بيعت ، ووُقف ثمنُها لصاحبها .

فإن لم يأتِ ويئس منه ، فتصدّق به عنه ، على ما فعلَهُ عثمان رضي الله عنه لَمَّا دخل الناس زمن الفساد ،وهو أحد قولي مالك أيضًا . وكان علي بن أبي طالب رضي الله عنه بَنَى [للضوال] (٣) [مربطًا] (٤) يُعلِّقها فيه علقًا ، لا يُسمِّنُها ولا يُهزلها من بيت المال ، فمن أقام بينة على شيء أخذهُ ، وإلا ثبتت على حالها لا يبيعها ، واستحسن ذلك سعيد بن

---

(١) تقدم .

(٢) سقط من أ.

(٣) سقط من أ .

(٤) في ب : مربدًا .

المُسيِّب(١).

فإن وجدها في مسبعة : وحيث يَخاف عليها السِّباع ، هل يُحكم [عليها] (٢) بحكم الغنم أم لا ؟ على قولين :

أحدهما : أنّ لها [ق/٢٠٨/٢أ] حُكم ضالة الغنم لو أخذها فأكلها.

والثاني : أنها تُؤخذ فتُعرّف ؛ إذ لامشقة في حلبها ، وحكى القولين : القاضي أبو الوليد بن رشد .

وضالة البقر كضالة الغنم إلا أن يكون لها من المنع بنفسها، والعيش في المرعى ما يكون للإبل ،فيكون لها حُكم الإبل، وهو قول أشهب في «مدونته».

وأما ضالة الدواب من الخيل ،والبغال ، والحمير ،هل تؤخذ كضوالِّ الغنم ، والبقر أم لا ؟ فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنها كضوال البقر ، والغنم ، يُعرف بها ، فإن لم يأت لها طالبٌ تصدّق بها ،وهو قولُ ابن القاسم .

والثاني : أنها لا تُأخذ أصلاً ولا يُتعرض لها ؛ لأن النفقة [عليها] (٣) تسبب إلى إخراجها من أيدي أصحابها ، وربَّما جاوزت النفقة ثمنها ، وهو قولُ ابن كنانة في « النوادر » .

ولو أخذها [فله] (٤) أن يركبها من موضع وجدها إلى موضعه ، وأما في حوائجه فلا ، فإن فعل ضمنها إن عطبت ، وهو قول ابن حبيب عن مُطرف .

❑❑❑

(١) أخرجه ابن أبي شيبة (٤ / ٣٦٩) .
(٢) في أ : لها .
(٣) سقط من أ .
(٤) سقط من الأصول .

[المسألة الثانية]

فيما تستحق به اللُّقطة من معرفة العفاص والوكاء

والعفاص : الخِرقة ،والوكاء : [الذي يكون فيه] (١) الشيء المُلتقط .

والوكاء : مَـدود الخيط الذي يُشد بـه ، وقد قيل بعكـس ذلك ، وهو وَهْم ، والأول أصوب عند أهل اللُّغَة.

ولا يخْلو واصف اللُّقطة من أربع أوجُه :

إمّا أن : يصف العِفَاص والوكاء ،والعدد ، وصفة العدد .

وإمَّا يُعرّف العِفاص ، والوكاء ، والعـدد ، وأخطأ في صفة الدنانير ، والدراهم .

وإما أن يُعرّف العِفاص والوكاء وصفة الدنانير والدراهم، وأخطأ العدد.

وإما أن يعرف العفاص دون الوكاء أو الوكاء دون العِفاص.

فإن عرّف الـعِفاص ، والوكاء ،والـعدد والسكّـة ،فإنها تُدفـع له قولاً واحدًا.

واختُلـف هل تُدفع لـه بيمين أو بغـير يمين ؟ علـى قولين قائـمين من المدونة:

أنها تُدفع له بغير يمين ، وهو ظاهر قـول ابـن القاسم فـي «المدونة » .

والثاني : أنها لا تُدفع إليه إلا بيمين ، وهو قولُ أشهب .

وسبب الخلاف : اختلافهم في شاهد الحال ، هل يقوم مقام الشاهدين أم لا ،وإن عرف العفـاص ، والوكاء ، وعرف العدد ، وأخـطأ [في] (١)

---

(١) سقط من أ .

صفة الدنانير [والدراهم : فإنه لا يعطاها ، فإن عرف العفاص والوكاء ، وصفة الدنانير ، وأخطأ في عددها] [١] فلا يخلو خطؤهُ في العدد من أن يصف عددًا ، فيُصيب أقل أو يُصيب أكثر - فإن أصاب أكثر مما وصف ، ولم يخطئ شيئًا كما لو أخطأ في السكَّة.

فإن أصاب أقل ، فإنه يُعطاها ، وقال أشهب : لأني أخاف أن يغتال فيها .

وقيل : إنّهُ لا يُعطى شيئًا كما لو أخطأ في الزيادة ، وهو قول : أصبغ، وابن عبد الحكم ، أنّهُ لا يُعطى في الخطأ شيئًا .

وأمّا إن عرف العفاص ، وجَهل الوكاء أو أخطأ فيه ، ووصفهُ بصفةٍ ثم وُجد على صفةٍ أخرى أو عرف الوكاء ، وجهل العفاص أو أخطأ فيه ، وعرّف مع ذلك بقية الأوصاف أو جهلها ، فالمذهب على ثلاثة أقوال:

أحدها : أنه لا شيء له إلا بمعرفة جميع الأوصاف ، وهو قول أصبغ ، وابن عبد الحكم .

والثاني : أنه يستبرأ أمرُه ، فإن لم يأت أحد بأثبت مما [أتى به دفعت إليه، وهو أحد قولي أصبغ في العتبية أيضًا .

والثالث : أنه إن ادعى الجهالة] [٢] استبرئ أمره ، فإن غلط لم يُكن له شيء، وهذا هو المُختار عند حُذَاق المتأخرين « كالقاضي أبي الوليد ، والشيخ أبي إسحاق التونسي » .

وسبب الخلاف : اختلافهم في قوله عليه السلام : « **اعرف عفاصها ووكائها** » [٣] هل لابد من اعتبار الوجهين جميعًا حتى لو انخرم بعضها لم

(١) سقط من أ .
(٢) سقط من أ .
(٣) تقدم .

يصح منها شيء ، وإنما تُعتبر الأوصاف على الجملة ؟

فإذا انخرم بعضها ، فتستحق بمعرفة ما عُرف منها كشروط الخلطة.

ولو كان الموجود ديناراً غير مَصرور ، فوصف سكّتَهُ : هل يُعطى بذلك أو لابد من زيادة وصف آخر أم لا ؟ على قولين :

أحدهما : أنه يأخذه بصفة سكته ،وهو قول يحيى بن عمر .

والثاني : أنه لا يُعطاه حتى يذكر ذلك من صفة أو علامةٍ فيه ، وهو قول سحنُون .

فإن [عرف] [(١)] [واحدٌ] [(٢)] العفاص ، والوكاء ، وعرّف آخر [عدد][(٣)] الدنانير ووزنها ، فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنها لِمن عرّف العفاص ، والوكاء،ولا حقّ فيها لمن وصف العدد ، وهو قول أصبغ.

والثاني : أنها تُقَسَّمُ بينهما كما لو تواردا على معرفة العِفاص ، والوكاء بعد أن يتحالفا ،وهو استحسان ابن حبيب .

فإن استحقها رجلٌ فأخذها ، ثم جاء آخر فادعاها ، فلا يخلو ذلك من أربعة [أوجه] [(٤)]:

أحدها : أن يأخذها الأول ببيِّنة ، ثم ادعاها الآخر ببيّنة .

والثاني : أن يأخذها بالصفة ، ثمّ جاء آخر بتلك الصفة .

والثالث : أن يأخذها ببيّنة ، ثم جاء عليها الآخر بصفة .

---

(١) في أ : وجد .
(٢) سقط من أ .
(٣) في أ : عدة .
(٤) سقط من أ

والرابع : أن يأخذها بالصفة ، ثم ادعاها الآخر ببينة .

فأما الوجه الأول : إذا أخذها الأول من مُلتقطها ببينة ثم جاء الآخر ، فأقام بينة ، فهي لأعدلهما بينة ، فإن تكافأتا في العدالة ، فلأقدمهما تاريخًا بالمُلك ، فإن جُهل التاريخ أو تساوى هل يكون للأول أو تُقسَّم بينهما ؟ فالمذهب على قولين قائمين من المُدونة :

أحدهما : أنها تكون للأول ، وهو قول أشهب في « مُدونته » ، وهو قولُ الغير في « كتاب الولاء [والمواريث] [1] من « المدونة » .

والثاني : أنها تُقَسَّم بينهما ، وهو قولُ ابن القاسم في المُدونة أنَّ اليد إذا [عرف] [2] أصل ما أخذت ، وجاء الثاني بالمعنى الذي جاء به الأول أنّ اليدّ لا حُكم لها ، وهو قولهُ في الوارث يطرأ على [الورثة] [3] بعد القبض والحوز .

وأما الوجه الثاني : إذا أخذها الأول بالصفة ، ثم جاء بتلك الصفة ، فلا يخلو الثاني من أن يُتهم على أنه سمع تلك الصفة ، ووعاها من الواصف أو لا يُتَّهم . فإن اتُهِمَ على ذلك ، كانت للأول ، وإن لم يُتَّهم على ذلك لعِلمنا بأنه لم يكن بالحضرة حين [الوصف] [4][ولا دس] [5] مَنْ يسْترق السمع ، هل تقسّم بينهما أم لا ؟ فإنّه يتخرج على قولين قائمين من المُدونّة :

أحدهما : أنها للأول دون الثاني ، وهو قولُ أشهب وغيرهُ في «المدونة»

---

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : عرفت .

(٣) في أ : الوارث .

(٤) في أ : الصفة .

(٥) سقط من أ .

في « تكافؤ البيّنتين » .

[**والثاني** : أنها تقسم بينهما ،وهو الذي يأتي على قول ابن القاسم في تكافؤ البينتين] [١] .

وأما الوجه الثالث : إذا أخذها الأول ببيّنة ، ثمّ جاء الآخر بصفة ،فإن الأول أحق بها قولاً واحداً .

وأما الوجه الرابع : إذا أخذها الأول بصفة ، ثم جاء الآخر ببينة ، فلا يخلو الذي قبضها من أن يكون حاضراً أو غائبًا .

فإن كان حاضراً ، فالدافع بريءٌ مع قيامها في يد القابض ، وفي ملائه مع الفوات ، وتكون الخُصومة بينهما ، ويُحكم بها لصابح البيّنة .

فإن كان غائبًا ، فلا يخلو الدافع من أن يدفعها بإشهاد أو بغير إشهاد .

فإن دفعها بإشهاد ، فلا ضمان عليه ، وعليه أن يُعرّفه باسمه وموضعه إنْ عَرَفَهُ ،وإلا فلا شيء عليه .

فإن دفعها بغير إشهاد ، ضمن للثاني قيمتها أو مِثلها إن كان مما له مِثل، وهو قول ابن الماجشون وغيره [والحمد لله وحده] [٢].

❑❑❑

---

(١) سقط من أ .

(٢) زيادة من ب .

[المسألة الثالثة]

في أخذ الآبق، وحَبْسِهِ، والنفقة عليه

أما أخذه : فقد قال مالك في « المـدونة » : إن تَركَهُ خيرٌ من أخذِه إلا أن يكون لقريبِه أو لجارِه أو لِمَن يعرفهُ ،قال : « فأحبُّ إليّ أن يأخُذهُ » .

وهو من أخذهِ في سعة .

فإن أخذهُ فلا يـخلو السلطـان من أن يكون عدلاً أو جائـرًا ، فإن كان عدلاً فهو مُخيَّر ، إن شاء رفعهُ إليه ،وإن شاء عرّف به .

فإن رفعهُ إلى الـسلطان ، فإنّ السُلطان يـحبسُهُ وينُفق علـيه سنة ، فإن جاء صاحبهُ أخذهُ ، وغرِم النفقة ، فإن لم يأت له طالب ، باعهُ السلطان ، ويأخذ النفـقة من ثمنهِ ، ويُرجع البـاقي في بيت المال حتي يـجيء صاحبهُ فيأخُذهُ .

فإن جاء أحدٌ يدّعيه فلا يخلو مِن أن يدّعيه ببينة أو بغير بينة .

فإن ادعاهُ ببيّنة أقامها ، فإن السلطان يدفعهُ .

فإن أقام شاهدًا واحدًا ، فإنّهُ يحلف معهُ .

فإن ادعاهُ بغير بيّنة يُقيمها ، فـلا يخلو العبد من أن يُقر له بالرق أو لم يُقر .

فإن أقر له بالملك ،فإنهُ يأخذهُ بعد الاستيفاء قولاً واحدًا .

وإن لم يُقر له بالملك ، فعلى قولين :

أحدهـما : أنه يدفع [له] [1] بعد الاستيفاء ويضمنهُ كما لو اعترف ،

---

(١) سقط من أ .

وهو قول ابن القاسم في « المُدونة » وغيرها ، كالأمتعة التي تُسرق بمكة.

والثاني : أنه لا يدفع له ،وهو قول أشهب في « مُدوّنته » .

واختُلف هل يجوز في كَتْب القضاة إلى القضاة على الصفة والتحلية أم لا ؟ على قولين [ق/ ٢١٤ب] :

أحدهما : أن ذلك جائز إذا ثبت كتاب القاضي ببيّنة ، وهو قول ابن القاسم في « المُدوّنة » ، وهو مشهور المذهب .

والثاني : أن ذلك لا يجوز ، ولا يأخذهُ حتى ينظر إليه الشهود ، ويعرّفونَه أنّه هو .

فإن كان السلطان جائرًا : فلا ينبغي له أن يرفعهُ إليه ، ويعرفُهُ سنة ، وينفق عليه ، ويكون حكمهُ في النفقة حكم السلطان .

فإن جاء صاحبه ، وعرفْت أنه هو ، فإنّهُ يأخذهُ منك ، فإن جهلته ولم تعلم أنه سيدهُ ، فإن اعترف له العبد بالرقّ فلا ضمان عليك في دفعه ،وإن لم يعترف له بالملك ، فارفعهُ إلى الإمام إنْ لم تخفْ ظُلمهُ ، فإن خِفْتَه فيتخرج دفعك إياهُ على قولين :

الجواز لابن القاسم في تضمينه إياه ،والمنع لأشهب ،وتضمنُه أنت إن دفعتَهُ له ، وقال مالك في المُدونّة : « لم أزل أسمع أن الآبق يُحبس على ربّه سنة ، وذلك يختلف باختلاف الأحوال» .

وتحصيلُهُ أنّ العبد لا يخلو من أن يُخشى عليه الضيعة في هذا الأمر أم لا :

فإن خيف عليه أن يضيع ، فإنّهُ يُباع قبل السنة ، وهي رواية عيسى عن ابن القاسم في «العتبية » ، وهو تفسير لقول مالك .

فإن لم يُخشى عليه أن يضيع ، هل ينتظر به سنة أم لا ؟ على قولين :

أحدهـما : أنه ينتظر به سنة ، وهـو [قول ابن القاسم في المدونة] (١) وهو المشهور .

والثاني : أنه لا يوقف [ق/ ٢٠٩/ ٢ـ أ] سنة ،وإنما يوقف قدر ما يتبّين ضررهُ ، وهو قول سحنون ،قال : « يُباع ويُوقف ثـمنهُ وتُكتب صفتُهُ حتى يأتي لـه طالب » ، ولابن كـنانة مِثلُـهُ ؛ لأنه قال : « لا يُدفـع الآبق إلى الإمام بحال لِمَا يَخاف من طول حبسِهِ » .

فإن باعه الإمام بعـد الاجتهاد ثمّ جاء سيدُهُ ثمّ ادعى أنـه قد كان أعتقهُ قل الإباق أو دُبُره ، أو اعـى [أنها] (٢) وُلدت منه إن كـانت أَمَةً ، فأراد نقض البيع بذلك .

أمّا العتق ، والتدبير ، وسائر عُقود الـعتق غير الإيلاد ، فلا يُقبل قولهُ في نقض البيع إلا ببينة عادلة .

فإن ادعى أنها ولدت منه ، فلا يخلو من أن يكون معها ولد أم لا :

فإن كان معـها ولد ، هل تُردُّ إليـه أم لا ؟ على قولين منـصوصين في «المُدونّة » :

أحدهـما : أنها تُرد إليه سواءٌ اتُهم أو لم يُتهم ،وهو قول أشهب؛ لأن استلحاق الولد قاطع كلِّ تُهمة .

والثـاني : أنها تُردُّ إليه إن لم يُتهم ،وإن اتُـهم فيها لم تُردُّ إليه ، وهو قول ابن الـقاسم في « كتـاب الآبق » ،وكتاب « أمهـات الأولاد » وما به تكون التُهمة قد تقدّم تحصيلُه في « كتاب أمهات الأولاد ».

فإن لم يكن معها ولد ، فلا يخلو من أن يُتهم فيها ، أو لا يُتهم فيها:

---

(١) في أ : مذهب .
(٢) في أ : أنه .

فإن اتُهم فيها لم تُرد إليه قولاً واحدًا .

فإن لم يُتهم فيها ، فهل تُرد إليه أم لا ؟ فالمذهب على قولين قائمين من المُدونة :

أحدهما : أنها لا تُرُدُّ إليه ،وهي رواية أكثر الأندلسيين ، وهى رواية ابن اللباد .

والثانى : أنها ترد إليه وهى رواية أكثر القرويين ، وعليه اختصر الشيخ أبو محمد بن أبي زمنين ، وأبو سعيد البراذعي ، وذكرها ابن حبيب عن ابن القاسم قال : فضل ، وكذلك [قال] [1] عبد الملك بن الماجشون.

فإن هرب منه بعد أن أخذه : فلا يخلو من أن يأبق منهُ [أو يُرسلهُ باختياره] [2] .

فإن أبق منه ، فلا يخلو من : أن يهرب من الدار أو يُرسلَهُ [في] [3] بعض حوائجهُ ثمّ يأبق .

فإن أبق مِنْ دَاره ، فإن ظهر ذلك واشتُهر ، قُبل قوله بلا يمين قولاً واحدًا ، كانَ ممن يُتهَم [أم] [4] لا ؟

فإن لم يكُن إلا دعواهُ ،هل يحلف أم لا ؟ فالمذهب على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنهُ لا ضمان عليه ،ولا يمين ، وهو ظاهر قوله في « المدونة» حيث قال : « لا شيء عليه ».

والثاني : أنه يحلف : لقد انفلت منهُ من غير تفريط ، وهو قول ابن الماجشون .

والثالث : أنه إن كان من أهل التُهمة حُلِّف ، وإلا فلا ، وهو ظاهر قول ابن نافع .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ب .

(٣) في ب : إلى .

(٤) في أ : أو .

فإن أرسلهُ في حاجةٍ فهربَ : فإن أرسلهُ في حاجةٍ خفيفة أقرب منها ، فلا ضمان عليه .

فإن أرسلهُ في حاجةٍ يأبق في مثله لبُعدها وما يلحقهُ من المشقَّة ، فهو ضامن ، وهو قول أشهب في « كتابه » .

فإن أرسله باختياره : فلا يخلو من أن يكون ذلك لعُذرٍ أو لغير عُذر.

فإن كان ذلك لعُذرٍ وخاف أن يقتلهُ أو يضربهُ ، أو يذهب لحوائج بينة، ونحو ذلك ، فقد قال ابن عبد الحكم : لا ضمان عليه .

وينبغي ألا يُختلف فيما قالهُ إذا غَلب على الظنِّ الخوفُ منه بما ظهر من ظواهر حال العبد .

فإن أرسلهُ لغير عُذرٍ فهو ضامنٌ ، وليس شدة النفقة بعُذرٍ يسقط عنه الضمان ، قالهُ ابن عبد الحكم ، وسواءٌ كان الذي أخذهُ ممن يأخذ الجُعل على طلب الآبق في جميع ما ذكرناهُ أم لا ،والحمد لله وحده .[تم الكتاب بحمد الله وعونه][1].

□□□

(١) زيادة من ب .

كتـاب حريم الآبار



[كتاب حريم الآبار]

تحصيل مشكلات هذا الكتاب ، وجملتها ستة مسائل :

[المسألة الأولى]

في معنى هذه الكلمة

ومعنى هذه الكلمة : حقُّ البئر الذي يُمنع أن يحدث فيها أحدٌ ما يضرُّ بها .

وأصل الحرام : التحريم ، والحُرمة : المنع .

والمحارم من النساء : الممنوع نكاحُهُنَّ من ذوات المحارم ، **والحرام** : ما مُنع إتيانه .

فحريم البئر هو : ما يتصلُ بها من الأرض إلا من حقِّها ألا يحدث فيها ما يضرُّ بها ، لا باطنًا من حفرِ بئر يشتف ماءها أو كنيف نجاسة يصلُ [إليها] [١] وسَخه ، أو ظاهرًا كالبناء ، والحرث ، والغرس ، والنزول الذي يضرُّ بالمُنتفعين ، ويُضيِّق عليهم في ورودهم الماء ، ومسارحهم ، ومعاطن إبلهم ، [ومرابض] [٢] مواشيهم .

وكذلك إن حفرها ليزرع عليها في موات الأرض ، فحريمها : قدرِ ما يحتاج إلي حَافِرها مما يقوم به ، وسقيه ماءه ، ويعمره بالتقدير دون التحديد على مشهور مذهب مالك ـ رحمه الله ـ ، بيد أنّ أصحابهُ اختلفوا في تحديد حريم الآبار ، والعيون على اختلاف أنواعها بين الماشية ، وبين الزرع ، والعادية ، والبادية .

---

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : ومرابط .

قال ابن نافع في « البئر العادية ـ وهي القديمة : حريمها خمسون ذراعًا، والبادية وهي التي ابتدئ حفرها :خمسة وعشرون ذراعًا » .

وكذلك جاء في الحديث .

وعن أبي مصعب الزهري عشرُ هذا في البادية والعادية ، قالا في بئر الزرع : خمسمائة ذراع ، وفي حريم الأنهار ألف ذراع .

ومعناه : أن هذا كلُّهُ من جميع نواحيها .

وكذلك من اختطها في الموات يزرع عليها أو يغرس ،ولا يضيق عليه في ذلك أحد ،وهو أحق بذلك [القدر] [١] من غيره .

والصحيح ما أصَّلَهُ مالك ـ رحمه الله ـ لعدم الأثر الصحيح يُعتمد عليه في ذلك ،وإلا فالتفريق بين العارية ،والبادية لا يُتلقى إلا من التوقيف ، ولا مجال للقياس فيه [والحمد لله وحده] [٢].

---

(١) في أ : العدد .

(٢) زيادة من ب .

المسألة [الثانية] (١)

في منع فضل الماء

ولا يخلو الممنوع منهُ [فضل الماء] (٢) من وجهين :

إما أن يكون مَارَّة أو زراعة .

فإن [كانوا] (٣) مارة ، مرُّوا بأهل ماء فمنعوهم الورود ، فلا يخلو [بئرُهُم] (٤) من أن يكون فيه فضل أو لا فضل فيه :

فإن كان فيه فضل ، فلا يخلو من أن يكون ذلك الماء ممّا يُملك أو ممّا لا يُملك .

فإن كان ممّا يُملك ويحلُّ بيعهُ ، فلا يخلو المسافرون من أن يكون معهم ثمن أو لا ثمن معهم .

فإن كان معهم ثمن ، فهل يجوز لأهل الماء أنْ يمنعوهم الورود إلا بالثمن أم لا ؟ فالمذهب على قولين قائمين من المُدونة :

أحدهما : أن لهم منعهم إلا بالثمن ، وهو قوله في أول [كتاب] (٥) حريم [الآبار] (٦) .

والثاني : أن عليهم أن يُمكنوهم من الورود بغير ثمن ، وهو قوله في الذي انهارت بئرهُ ، وخاف على زرعهِ العطش ، وحَرمة النفوس أعظم من

---

(١) في أ : الثالثة .

(٢) سقط من أ .

(٣) في أ : كان .

(٤) في ب : ماؤهم .

(٥) في أ : الكتاب .

(٦) في أ : البئر .

حُرمة الزرع .

فإن لم يكن معهم ثمن ، فلا يخلو من : أن يكون [لهم] (١) أموال [في] (٢) بلادهم أم لا :

فإن كانت لهم أموال [في] (٣) بلادهم ، هل يُتبعون بالثمن أم لا ؟

فإنه يَتخرّج على قولين قائمين من المدوّنة :

أحدهما : [أنهم] (٤) يتبعون بالثمن ؛ لأنهم أملياء ، ولا يعتذرون بغيبة المال.

والثاني : أنه لا يُتبعون به ؛ لأنهم أهل سبيل ؛ يجوز لهم أخذُ الزكاة، ومواساتهم واجبة.

فإن لم يكن لهم أموال في بلادهم ، أو كانت لهم أموال ، والماء لا يُملك ، فلا يجوز بيعهُ ، كفضل بئر الماشية ، فلا خلاف أنّ على أهل الماء أن يسقوهم ، ويُمكنوهم من الورود .

فإن منعوهم فهل يُقاتلهم المسافرون أم لا ؟ فلا يخلو من أن يخافوا الهلاك على أنفسهم أم لا :

فإن لم يخافوا الهلاك على أنفسهم وَدَوَابِّهم ، ولهم قوة على الوصول إلى ماء غيرهم ، فإنّ قتالهم يُؤدي إلى سفك الدماء ، فذلك مكروه.

فإن قدروا أن يغلُبوهم بغير فساد ، فذلك جائز ، وهو قول أشهب ويؤخذ من « المدونة » من « كتاب الجهاد » من مسألة : السلابة إذا طلبوا الطعام أو الثوب أو الأمر الخفيف ، حيث قال ابن القاسم : [يعطون ، ولا

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) في أ : أنه .

يُقـاتلون] (١) ؛لأنَّ مَنْ مَنَعَهُم فضل الماء الذي هو حقٌ للمساكين كأخذهم مال المسافرين .

وإن خافوا الهلاك على أنفسهم ، فحلالٌ لهم جهادُهم ؛ لأنهم منعوهم ما وجب لهم عليه من المواساة ؛ إذ واجب على كلّ مُسلم خافَ على أخيهِ المُسلم أن يُجيبهُ بما يقدرُ عليه .

فـإن جاهدوهم وقُـتل أحدٌ من المارة ، فـالقصـاصُ في ذلك واجبٌ ، باتفاق المذهب .

فإن منعوهم حـتى ماتوا عطشًا [و] (٢) لم تكن للمسـافرين قوة على مُدافعتهم ، هل يجب القصاص أم الدِّية ؟ وذلك على تفصيل :

فإن قصدوا أهل الماء بمنعهم ألا يسقوهم حتى يموتوا بعد علمهم أنّ ذلك لا يحلُّ لهم ،وعُلم أنهم متى لم يسقـوهم ماتوا [عطشًا] (٣) ،فهـذا مما ينبغي أن يجب القصاصُ فيه .

وقد اخـتلف المذهب [عندنا] (٤) فيمن تعمّد الزور بـشهادته حتى قُتل [بها] (٥) المشهودُ عليه ، على قولين :

أحدهما : أنه يُقتل به .

والثاني : أنه لا يُقتل به ،وهو قول في « المُدونّة » .

فإن لم يقصدوا ذلك ،وإنما تأوّلوا أن لهم منع مائهم ، وأنه أحقُّ به من غيرهمَ ، فهذا أمرٌ خفي .

---

(١) في ب : يعطوا ولا يقاتلوهم .

(٢) سقط من أ .

(٣) في ب : عطشانًا .

(٤) سقط من أ .

(٥) في أ : به .

وديّات المسافرين على عواقل المانعين [فإن كانوا عشرة فعشرة ديات ، وعلى عواقل المانعين] (١) عتق مائة رقبة ،على كل واحد منهم عشرُ رقبات كفّارة مع وجيع الأدب ؛ لأنه قاتل العشرة .

وكذلك الحُكم فيمن مات في سنة المجاعة بين أظهرِ القوم جوعًا ،وهم قادرون على إحيائه بمواساتهم إياهُ ، ذَكَرَ ذلك القاضي أبو بكر بن العربي ، وغيرهُ ، ويؤخذ من « المُدونة » من هذه المسألة.

ورأيتُ في بعض الـضـرر [أيضًـا] (٢) : أن المرأة إذا نَشَـــزَتْ على زوجها، ولهُ منها ولدٌ رضيع ، فرمَتْ به ،ولم يجد مَنْ يُرضِّعُهُ حتى مات، أن ديتهُ على عاقلةِ المرأة ، وعليـها هي الكفَّارة ، واستقـراء ذلك من مسألة المسافرين.

فإن كـان ذلك الماء لا فضل فـيه جَـهدهُ ما يقُـوم بأهلهِ إلى وقت نزول الغـيث ،كالحُـبوب ، والقـدر ، بحـيثُ أن لو شاركـوهم نَشّـفُوهم عليـه وتركوهم في مَضيعَة ، ولم يكن يقربُهم غيثٌ يَرْجُونها ، فإنَّ لهم منعهم ، وإن أدى ذلك إلى قـتـالهـم ؛ إذ لابد من هلاك [ق/ ٢١٠/ ٢ـ أ] إحـدى الطائفـتين على ظاهر الحال ، فـأهل الماء أولى بما في أيديهم من غـيرهم ، وإنما تجب المواساة إذا كان هناك مـا يحتملها ،وأما إن كـان زارعًا فلا يخلو من أن يزرع على ماء ، أو يزرع على غير ماء .

فإن زرع على ماء ،فانهارت بئره وله جار في مائه فضل وخاف العطش على زرعه ما بينـه وبين أن يصلح بئره ،فإنه يجوز له أن يسـقي بفضل ماء جاره ، وهل ذلك بثمن أو بغير ثمن ؟ قولان قائمان من المدونة :

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ب .

أحدهما : [أنه] [١] بغير ثمن ، وهو نص قوله في المدونة في « كتاب حريم الآبار » .

والثـاني : أنه لا يأخذه إلا بالثمن ، وهو قوله في مسألة المسافرين ، والقولان منصوصان عن مالك في المذهب .

فإن زرع على غير أصل ماء ، فهل يحكم على الجار بصرف فضل مائة بثمن أو بغير ثمن ؟ فإنه يتخرج على قولين :

أحـدهمـا : أنه لا يقضي عليه بذلك لا بثمن ، ولا بغير ثمن إلا أن يشاء، وهو قول مالك في المدونة .

والثـاني : أنه يقضي عليه بذلك ، وهل ذلك بثمن أو بغير ثمن ؟ قولان.

وسبب الخلاف : اختلافهم في تأويل قوله ﷺ : « **لا يمنع نقع بئر** » [٢] وقال أيضًا : « **لا يمنع فضل الماء ليمنع به الكلأ** » [٣].

وفي رواية : « **لا يمنع وهو يرو** » ، وفي رواية : « **إنه لا يمنع [نقع]**[٤] **بئر بين بالماء** » [ق/ ٢١٥ب] أما قوله ﷺ :« **لا يمنع نقع بئر** » .

فقد اختلف العلماء في تأويله على أربعة أقوال :

أحدها : أن المراد بذلك الماء المجتمع فيه قبل السقي .

والثاني : أن المراد بذلك فضل مائه .

والثـالث : أن المراد بذلك الموضع الذي يلقى فيه ماء ما ينكس منه ،

---

(١) سقط من ب .

(٢) أخرجه مالك (١٤٢٨) ،والطبراني في الأوسط (٢٦٦) ، والبيهقي في الكبرى (١١٦٢٦) ، وهو صحيح .

(٣) أخرجه البخاري (٢٢٢٦) ، ومسلم (١٥٦٦) .

(٤) في أ : فضل .

يريد ما يستنقع منه من الماطرة .

والرابع : أن المراد به ما يخرج مسيل مائه ،وهو الماء المجتمع [أيضًا](١) .

قال الله تعالى : ﴿ وَاتْرُكِ الْبَحْرَ رَهْوًا ﴾ [الدخان : ٢٤] .

واختلف في قوله ﷺ : « **لا يمنع نقع بئر** » (٢) هل يحمل على عمومه أم لا ؟ [على] (٣) ثلاثة أقوال :

أحدها : أن ذلك على عمومه ،وأنه لا يحل منع الماء ولا منع [فضله](٤) بحال كان من بئر أو غدير أو عين في أرض متملكة [أو غير متملكة] (٥) غير أنه إن كان متملكًا كان أحق بها بمقدار حاجته منه ، وهو ظاهر قول يحي بن يحيى في « العتبية » ،وقالوا : أربعًا لا يرى أن [يمنعوا](٦) الماء ، والنار ،والحطب ، والكلأ .

والثاني : أن ذلك في مثل البئر تكون بين الشريكين ، فيسقى هذا يومًا، وهذا يومًا أو أقل أو أكثر ، فيسقى أحدهما يومه [فيروي زرعه أو نخله في بعض يومه ، فيستغني عن الماء بقية يومه] (٧) فليس له أن يمنع شريكه من السقي بقية ذلك اليوم ؛ إذ لا منفعة له في منعه .

والثالث : أن المراد به الذي يزرع على مائة ،فينهار بئره ، ولجاره فضل ماء أنه ليس لجاره أن يمنعه فضل مائه إلى أن يصلح بئره .

---

(١) سقط من أ .

(٢) تقدم .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من ب .

(٥) سقط من أ.

(٦) في ب : يمنعن

(٧) سقط من أ .

فمن حمل الحديث على عمومه قال : يأخذ الجار بغير ثمن سواء زرع على أصل [ماء][1] أو على غير ماء ، ومن حمله على التأويل الثاني قال: لا يأخذه إلا بالثمن باختيار المالك ، ومن حمله على التأويل الثالث قال بما قال به في الكتاب [والحمد لله وحده][2] .

(١) سقط من ب .

(٢) زيادة من ب .

المسألة الثالثة
في بيع الكلأ ومنعه

ولا يخلو ذلك من وجهين:

أحدهما : أن يكون ذلك في أرض العفي .

والثاني : أن يكون في أرض وقفها وبورها للكلأ .

فإن كان في أرض العفي ، فلا خلاف في المذهب أن الناس[فيه] (١) شرعًا سواء ، [وليس] (٢) لأحد بيعه .

والعفو من الأرض ما ليس له مالك معين ،ولا صاحب مبين .

وإن كان في الأرض المملوكة له ، فهل يجوز له منع الناس منه وبيعه إن شاء أم لا ؟ فالمذهب على أربعة أقوال :

أحدها : أن له بيعه ، ومنع غيره من رعيه احتاج إليه أم لا ،وهو قول عبد الملك بن الماجشون ، وسحنون ، وهو ظاهر قول مالك في المدونة في كتاب « كراء الدور والأرضين » .

والثاني : أنه لا يجوز [له] (٣) بيع خصب أرض أصلاً ،وإنما يكون أحق به حتى يستغني ، فيكون الناس في الفضل أسوة [سواء] (٤) وهو قول أشهب ، وسواء فيما حظره وبوره للكلأ أو في غيره ، وهذان القولان متقابلان .

---

(١) سقط من ب .

(٢) في ب : ولا .

(٣) سقط من ب .

(٤) سقط من ب .

والثالث : بالتفصيل بين ما كان في مروجه وحماه وبين غيره : فما في حماه مما بوره للكلأ ، فله بيعه ومنع الناس منه ، وما لم يحظر عليه ولا حماه من جميع أراضيه ،فليس له بيعه ،والناس أسوة في فضله ، وهو قول ابن القاسم ، وعبد الملك ،ومطرف .

والرابع : التفصيل بين أن يحتاج إليه أو لا .

فإن احتاج إليه ، فله بيعه إذا بلغ أن يرعى ،وإن استغنى عنه ، فلا يجوز له بيعه، وليخل بين الناس وبينه ،وهو قول مالك في كتاب « حريم البئر » من المدونة .

وسبب الخلاف : اختلافهم في تأويل قوله ﷺ : « **لا يمنع فضل** [الماء]» يريد به الكلأ ، وفي قوله ﷺ : « **لا يمنع**] [1] **الكلأ والناس فيه شركاء** » ، هل هو عموم أريد به العموم أو عموم أريد به الخصوص ، فمن حمله على ظاهره ،وأنه عموم أريد به العموم ، قال بقول أشهب . ومن حمله على [أنه] [2] عموم أريد به الخصوص ، قال بقول عبد الملك ،وهو أصل قول مالك ؛ لأنه قال في الكتاب : « لا أحسبه إلا في الصحاري وأما في القرى التي ملكها أهلها ، فله أن يمنع الكلأ » ، واعتبار الحاجة والحمى ضرب من الاستحسان .

وأما قوله ﷺ : « **لا يمنع فضل الماء ليمنع به الكلأ** » [3] فللعلماء فيه تأويلان :

أحدهما : أنه إذا منع أرباب المواشي من ورود بئر ماء منعوا أن يأتوا ، فيرعوا ما بقربه من الكلأ ، فيصير منع الماء سببًا لمنع رعي الحشيش .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ب .

(٣) تقدم .

والثـــاني : أن مـعناه إذا مُنعت من الماء مُنعت من الكلأ ، ولا تقـدر [ترعى] [١] فيؤدي [ذلك] [٢] إلى هلاك الماشية وموتها [والله أعلم] [٣].

وأما صيد [ما] [٤] في البحائر والغُدر والبرك تكون في ملك رجل ، فلا خلاف أنه لا يجوز بيعها لمن [يصيد] [٥] ما فيها [من الحيتان ؛ لأنه يقل ،ويكثر ، وذلك عين الغرر ، والذي نهى عنه النبي ﷺ ،ويجوز له أن يصيد فيها] [٦] ، وهل له أن يمنع من يحاول الصيد فيها أم لا ؟ ولا يخلو من أن يكون هو الذي طرح فيـها السمك ، وتناسل فـيها أو كـان جاء مع الماء، فإن كـان صاحبـها هو الذي طرحـه فيهـا ، وتوالد فله منع من يريد الصيد فيها ، ولا ينبغي أن يختلف في هذا الوجه .

وإن كان جاء مع الماء ،ولا سبب له فيه ،فالمذهب فيه على قولين :

أحـدهـمـا : أنه لا يمنع أحدًا والناس فـيه شرعًا سـواء ، وهو قول ابن القاسم في « المدونة » .

والثاني : أن لهم منع من حاول ذلك من غيرهم ، وهو قول مطرف ، وابن الماجشون ، وهو الأظهر في النظر [والحمد لله وحده] [٧] .

---

(١) سقط من أ .
(٢) سقط من ب .
(٣) زيادة من أ .
(٤) سقط من أ .
(٥) في أ : يصطاد .
(٦) سقط من أ .
(٧) زيادة من ب .

المسألة الرابعة

في [السدود] (١) وكَنس الآبار وإصلاحها

والكلام في هذه المسألة على فصلين :

أحدهما : كنس الآبار وإصلاحها .

والثاني : في سدِّ العُيون والقنوات .

فالجواب عن الفصل الأول : في كَنْسِ الآبار ، آبار الأراضين ، وإصلاحها ، فلا يخلو ما عليها من الأرض من أن يكون مقسومًا أو مشاعًا.

فإن كان مقسومًا : فدعا بعضم إلى الكنس والإصلاح ، وأَبَا بعضهم ، فهل يُجبر الآبي منهم أم لا ؟ على قولين :

أحدهما : أنه لا يُجبر ، وأنّ مَنْ أراد العلم يَعْمل ، ويكونُ أحقَّ بما زاد [من] (٢) الماء ، حتى يدفع له الآبي مقدار ما يلزمه وينُوبُه من النفقة ، وهو قوله في « المدونة » .

والثاني : أنّ الآبي يُجبر على العمل أو يبيع سهمَهُ مِمن يعمل ، وإن كان مقسومًا ، وهو قول ابن نافع ،وسحنون .

[نظراه] (٣) في العلوي والسفلي إذا انهدم السفلي ، وهو مُنفرد من العُلوي ، فإنه يُقال لصاحبه : ابنِ أو بع ممن بنى ، وما قالاه ليس بصحيح، وذلك أن السُفلى ، وإن كان نائيًا عن العلوي بالقِسمة ، فصاحب

---

(١) في أ : السدد .

(٢) سقط من أ .

(٣) هكذا رسمها في أ ، ب .

العُلُوي يَدخل عليه الضرر بهدم السفلي أو لا يُتوصل إلى الانتفاع به إلا بعد [بناء][(١)] السُفلي ولا يجوز أنْ يُقال له : ابنِ السُفلي ، وتكونُ أحقَّ به من [صاحبه] [(٢)] حتى يدفع قيمة عملك ، بخلاف البئر ؛ لأن رقبتها [مشتركة][(٣)] بينهم ، وإنْ قُسِّمت الأرض .

وإن كان مشاعًا فإنهُ يُقال للآبي : إمّا أن تعمل ، أو تبيع مِمن يعمل ، وهذا إذا كانت الأرضَ مزروعة ، والنخلُ [فيها ثمر ؛ إذ لا يقدران على القسم والضرر لاحق بمريد العمل ، فصار كصاحب السفلي والعلوي ، وإن كانت الأرض غير مزروعة والنخل] [(٤)] لا ثمرَ فيها ، فها هُنا يُخيّر الآبي بين ثلاثة أشياء :

إمّا أن يعمل ، أو يُقسّم ، أو يبيع مِمن يعمل .

فانظر : كيف جعل ابن القاسم الذي عمل جميع ما زاد بالإصلاح في البناء ، ولم يكُن للذي لم يَبنِ بقدر [جزئه] [(٥)] في البئر من الماء .

وقد اختلف المذهب في الرَّحَى إذا كانت بين النَفَر ، فتُهدم ، فيدعوا بعضهم إلى عَمَلِهَا ، وأَبَا بعضهم ،فلم ينظر حتى عَمِل وطَحَنتْ ، واغْتُل منها غلة كثيرة على أربعة أقوال :

أحدها : [أنّ الغلّة] [(٦)] كلّها للعامل دون مَنْ لم يعمل حتى يُعطِي قيمة ما عَمِل ، كالنهر يفُورُ ماؤُهُ ، فيعمل أحدهم ، ويأْبَى الباقونَ العمل.

---

(١) في أ : بنيان .

(٢) في أ : صاحبك .

(٣) في أ : مشترك .

(٤) سقط من أ .

(٥) في أ : جريه .

(٦) سقط من ب .

والثاني : أَنّهُ يَستوفي من الغلّة ما أنفق إن لم يقُم عليه ، حتى استوفى ذلك ، ثم يكونُ بينهما ، والقولان لابن القاسم .

والثالث : أنه يكون للعامل منها ، بقدْر ما أنفق ، وما كان له من سهمه قبل أن يُنفق ، ويكون للذي لم يعمل ما بقى لهُ ، [من] (١) قاعتها وبقيّة سدّها ، وحجارتها ، وهو قول ابن دينار .

والرابع : أن تكون الغلّة كلّها للعامل ، ويكون عليه كراء [نصيب] (٢) صاحبه من قاعة الرحى ، وما كان باقيًا فيها من العمل : فإن أراد الدخول معهُ دفع إليه قيمة العمل اليوم في هذا القدْر الذي ينوبهُ ، ليس يوم عمله ، ولا ما أنفق إلا أن يكون ذلك بحداثة ما عمل ، وهو اختيار عيسى ، وصوّب بعض المتأخرين قول عيسى ، وضعّف قول ابن القاسم .

والجواب عن الفصل الثاني : في سدِّ القنوات ، والعيون ، وترتيبه إذا انسدَّ من أولها أو آخرها ، وعليها أرضٌ كثيرة لناسٍ شتَّى بعضُها فوق بعض، فوقع في « المستخرجة » أنّ الأولين يكنسون ولا كنس على مَنْ بعدهم. وإذا [انسدت] (٣) في آخر القناة كنس الأولون مع الآخرين ؛ لأن عناء الأولين سدّ الآخرين .

قال أبو إسحاق التونسي : « وهذا ليس بالظاهر في القياس إلا أن يكون أراد معنىً آخر لم يُفسِّرهُ السائل » .

وما قالهُ صحيح ، وذلك أن القناة إذا انسدّت من أول مجراها احتبست عن الأولين والآخرين ، فزوال السدِّ يقع لجميعهم ، فيجبُ أن يكون عليهم أجمعين .

---

(١) في أ : بقدر .
(٢) سقط من أ .
(٣) سقط من أ .

وإذا انسدّ في آخرها لم يضُر الأولين شيء ؛ لأنهم يقولون : نحنُ نُطلق ماءنا من أصل العين ، قبل وصوله إليكم [ق/ ٢/٢١١ ـ أ] فلا يضرُّنا ما عندكم من السدّ ، ولا يمنعنا من [وصول] (١) الماء إلى ضياعنا .

وما في « العتبية » : إنما يصحُّ في القنوات التي تكون بالأتفال والنجاسات ؛ لأن القناة إذا انسدّت من الأولين لم يَلزم مَنْ بعدهم أنْ [يكنسوا] (٢) معهم ؛ لأنهم يقولون : نحنُ نُجري مياهَنا في قنواتنا ـ لا تقف لنا ـ ولا يلزمُنا الكنس معكم أيها الأولون ؛ إذ لا انتفاع لنا في ذلك .

وإذا انسدّت القناة في الآخر : وجب على الأولين أن يكنسوا مع الآخرين ؛ لأنَّ الأوّلين يقفُ ماؤهم إذا انسدّت في الآخر ، ووقُوفُه يَضرُّ بهم ، فيجبُ عليهم مشاركة من بعدهم في الكنس .

وترتيب هذا أن يبتدئ من هو أول القناة ، فيكنس وحدهُ ، فإذا وصل إلى غيرِه شاركهُ في الكنس ، فإذا وصل إلى الثالث شاركهما في الكنس ، فإذا وصل إلى الرابع شاركهم في الكنسِ ، هكذا أبدًا ،وعلى هذا السؤال يصحُّ ما في « المستخرجة» دون سؤال العيون .

---

(١) في أ : أصول .

(٢) في أ : يكنس .

المسألة الخامسة
في إحياء الموات

وموات الأرض لم يُعمر منها . وإحياؤها : عمارتها .

وكُلما بعُد عن العُمـران ممّا تقلُّ فيه الرغبة والتنافس ، فمن أحـياهُ فهو له، ولا يحتاج فيـه إلى إذن الإمام ، مِن أيِّ أرضٍ كانت ، عُنوةٌ أو صُلحًا أو أرضٌ أسلم عليها أهلها ، لقوله عليه السلام: « **مَنْ أحيا أرضًا مواتًا فهي له** » (١) .

وإحياؤها يكونُ بعشـرةِ أشياء : سبعةٌ مُتـفقٌ عليها في المذهب ،وثلاثةٌ مُختلَفٌ فيها .

[**فالمُتفق عليها**] (٢) : تفجير الماء فيها بحفر بئر ، أو شقِّ نهر ، أو شقِّ عين .

والثاني : إخراج الماء عن غامرها.

والثالث : البناء .

[و] (٣) **الرابع** : الغرس .

[و](٤) **الخامس** : الحرث ، وتحريك الأرض [بالحفر] (٥) ونحوهِ.

[و] (٦) **السادس** : قطع غياضها وشعاريها .

---

(١) تقدم .

(٢) سقط من ب .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) في ب : بالحرث .

(٦) سقط من أ .

[و] (١) **السابع** : كسر أحجارها ، وتسوية [بزوغها] (٢) ، وتعديل أراضيها .

فأمّا الثلاثة المُختلف فيها :

أولها : التحجير عليها ، وهو : ضربُ حدود حول ما يُريد إحياؤهُ منها، ولم يحجبه بعد .

والثاني : رعى كلائها .

والثالث : حفرٌ بئر ماشية فيها .

فهذه الثلاثة [التي] (٣) اختُلف فيها على قولين :

أحدهما : أنها لا تحيا بذلك ، وهو قول « ابن القاسم » في « المدونة» وغيرها .

والثاني : أنها تحيا بذلك ، وهو قول أشهب .

واختلف عن أشهب في التحجير : فَرُوِيَ عنه أنه ينتظر ثلاث سنين كما جاء عن عمر ـ رضي الله عنه ـ ، فإن أحياها ، وإلا كان لغيره إحياؤها .

ورُوِيَ عنه أنَّهُ إنما يكون الحجرُ إحياء ، إذا عُرف أنه حجرها ليعملها عن [قريب] (٤) ويُقدِّر ما يُمكن عملُهُ فيها .

وعلى هذا يكون قولُهُ وفاقًا [ق/٢١٦ب] لقول ابن القاسم ، وعلى الرواية [الثانية] (٥) يكون خلافًا .

---

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : حروفها .

(٣) سقط من أ .

(٤) في ب : قرب .

(٥) سقط من أ .

فإذا أحياها وتركها حتى دُثرت وعادت إلى ما كانت عليه أولاً ، فأحياها غيرُهُ ، هل يكون أحقُّ بها أم لا ؟ فالمذهب على قولين قائمين من المُدونة :

أحدهما : أنّ الثاني أحقُّ بها من الأول ، وهو نصٌّ قول ابن القاسم في « كتاب حريم الآبار » .

والثاني : أنّ الأولّ بها أحقُّ أبدًا ، ولا يُخرجها من ملكه تركُها حتى دثرت ،وهو قولُ مالك في الخطة [فإن كانت الخطة] [(١)] لا تزول عن [ملكه] [(٢)] [باندراس] [(٣)] الأرض ورجوعها إلى ما كانت عليه ، فكذلك في الإحياء ، والموات فلا فرق بينهما .

وأمّا ما قرُب من العمران ، وتشاحح الناس فيه ، واستوت فيه الرغبة والتنافس ، فلا يخلو من أن يكون ذلك بإذن الإمام أو بغير إذنهِ :

فإن أحياهُ بإذن الإمام ، فذلك جائز ، ويصير ملكًا لهُ.

فإن أحياهُ بغير إذنه ، فعلى ثلاثة أقوال :

أحدها : أنهُ لِمَن أحياهُ ،ولا يتعقَّبهُ نظر الإمام ، وهو ظاهر المُدّونة لقوله في أول الباب : " « مَنْ أحيا أرضًا ميتةً بغير إذن الإمام ، فهي له » ، ولم يُفصِّل بين ما قَرُب وما بعُد .

والثاني : أن الإمام ينظر في ذلك ، فإن رأى إبقاءه لِمن أحياهُ فَعَل ، وإلا أعطاهُ قيمتَهُ منقوضًا .

والثالث : أنّ ذلك جائزٌ ابتداءً : أنْ تُحيي الأرض بغير إذن الإمام ، ...

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : مالك .

(٣) في ب : بدروس .

كما قال أصبغ وغيرُهُ فيمن أراد أن يأخُذ من شارع المسلمين أو فنائهم ما لا ضرر [فيه] (١) عليهم ، ويَرُدُّهُ إلى داره بالبنيان : أنَّ ذلك جائزٌ لهُ ، إنْ كان الطريقُ واسعًا .

وحدُّ القُربِ : ما هو مرتفق لأهل البلد في سرْحِ مواشيهم ، واحتطابهم واحتشاشهم ، وما وراء ذلك ، فهو الذي يجوز فيه الإحياء بغير إذن الإمام قولاً واحدًا في المذهب ، والحمد لله وحده .

---

(١) سقط من أ .

المسألة السادسة
في نفي الضرر فيما يُحدثُهُ الرجلُ في ملكه، مما يضرُّ بجارهِ، مِن بناء أو حفر أو كُوَّة أو غير ذلك

فإذا حفـر بئرًا في دارهِ ، وهي بعيدة عن بئـرِ جارهِ ، فلا يخلو من أن يعلم أنّ أحدَ الأرضينِ أُحْيِيت قبل الأخرى أو جهل .

فإن عُـلم أن أحد الأرضين أُحـييت قـبل الأخرى ، فـيُنظر إلى الأُولى [منهما] (١) فإن كانت الأُولى [هي التي حفر فيها] (٢) أولاً ، مُنعَ الثاني من إحداث بئر في أرضِهِ ، فإن حفرها فيها رُدمت عليه .

فإن كانت الأولى في الإحياء هي التي أُحفر فيها أخرى ، هل يُمنع إذا أضرَّ ببئر جارهِ أم لا ؟ فإنهُ يتخرج على قولين قائمين من المُدونة :

أحدهـما : أنهُ لا يُمنع ؛ لأن الـنظر [إلى] (٣) مَنْ سـبق [إلى] (٤) الإحياء ، لا إلى مَنْ سبق إلى الحفر ،وهو قولهُ في « المدونة » حيث قال : « [فإن] (٥) كان إحياؤهُ قبل ذلك » .

والثاني : أنه يُمنع ، وأنَّ الاعتبار بالسبق [إلى الحفر] (٦) لا بالإحياء.

وسبب الخلاف : مَنْ مَلَكَ ظاهر الأرض، هل يملك باطنها [أم لا](٧) ؟.

---

(١) سقط من أ .
(٢) سقط من أ .
(٣) سقط من أ .
(٤) في أ : من .
(٥) في أ : و .
(٦) في أ : بالحفر .
(٧) سقط من أ .

فمن رأى أنهُ يملك باطنها ، قال : الاعتـبار بسابقة [الإحياء ومن رأى أنه لا يملك باطنها قال : الاعتبار بسابقة] [١] الحفر .

فإن جهل الإحياء ،ولم يعلم مَنْ سبق منهما ، فهل تُردم على المحُدث بئرها أم لا ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنها تُردم عليه ، وهو نصٌّ قول ابن القاسم في « المُدونّة » .

والثاني : أنها لا تُردم عليه ، إنْ كان به ضرورة حافزة إلى ذلك ، ولم يجد عنهُ مندُوحة .

وإن أضرّ بجاره ؛ لأنـه يُضرُّ به ؛ مَنَعَهُ كمـا أضرّ بجاره ، حفـرُهُ فهو أولى أن يمنع جاره أن يضرَّ بهِ ، في منعهِ له من الحفر في حقِّهِ ؛ لأنه مالهُ، وهو قول أشهب وروايتهُ عن مالك .

وأمَّا [ما أحدثه] [٢] في عرصته ممَّا يضرُّ بـجاره من بناء حمام أو فُرن للحديد ، أو تسبيك الذهب ، والفضة [وكير لعمل الحديد] [٣] أو رحىً تضر بالجيـران ، فلهم منعهُ ، وهو [قول] [٤] « مالك » في آخـر « كتاب القسمة » من « المُدونة » ، واستخفّ اتخاذ التنور .

واختلف المتأخـرون في الضرر المعتبر في نصبِ الأَرحـية ، هل الضرر اللاحق [بالجيران] [٥] من دورانها وجعجعتها؟ وبه أفتى بعض المتأخرين ، واستدل بقولهِ في « الكتاب » : « فمـا أضرّ بجارهِ أو الضرر اللاحق بالجار

(١) سقط من أ .
(٢) سقط من أ .
(٣) سقط من أ .
(٤) في أ : آخر قول .
(٥) سقط من أ .

من زلزلتها واضطرابهـا » ، وهو أسعد بظاهر الكتاب ، واحـتجّ قائله بقول مالك في الحدّاد : أنه لا يُمنع من عـملٍ ضرب الحديد في دارهِ ، وإن أضرّ ذلك بجاره في مسامعهِ ورأسهِ .

وأمّا ما فَتَحَ عليه من الأبواب ،والكـوات يُشرف منها على جارِه ، فإنهُ يُمنع مما فـيـه ضـرر ، وقـضى عـمـر ـ رضي الله عنه ـ : أن يُوضع وراءَ الكُوات سرير ، ويُوقف عليه رجل ، فـإنْ نظر إلى ما في دار جارهِ ، مُنع منهُ ، وما كان من ذلك لا يضرُ به لم يُمنع .

ومعنى ذلـك : أن يكون السريرُ عليـهِ الفُرُش ، فإن نظر الواقـفُ عليه إلى وجهِ مَنْ هو في دار جاره ، سُدَّ ذلك عليه ، وإلا فلا .

فإن حُكِمَ عليهِ : بسدّ تلك الكوّة ، فطلب أن يسدّها من خلف بابها مما يوالي داخل داره ، فـقال « سـحنون » في كتـاب ابنه : « ليس ذلك لهُ ، وليُقلع ، ويسدُّ ذلك كلَّهُ ، وترك الباب يُوجب له حيازه بعد اليوم يشهدون لهُ أنَّهُم يعرفـون هذا الباب ، منذ سنين كثيـرة ، فيصيـرُ حيازة ، ولابد أن يقلع .

وأمّا ما رفع من البناء ، فمَنَعَ جـارهُ من الشمس ، وَمَهَبِّ الريح ، هل يُمنع من ذلك أم لا ؟ على قولين :

أحدهما : أنه لا يُمنع من ذلك ، ولا حُجَّة [له] [١] في [كونه] [٢] يُظلِمْ عليه دارَهُ ، وهو قول ابن القـاسم في « المدونة » ، وبه قال أشهب ، وابن نافع ، وظاهرُ قولهم أنه لا فرق بين أن تكون له منفعةٌ أم لا .

والثـاني : أنهُ يُمنع من ذلك إنْ لم يكن فيه منفعة ؛ لأن على الجارِ فيه

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ب .

مَضرَّة ، وهو قول ابن كنانة ،والدليل على قـوله قولهُ عليه السلام : « لا ضرر ولا ضرار » (١) ومعنى قوله : « لا ضـرر » ، وهو ما لَكَ فيه منفعةٌ [و] (٢) على غيـرِك فيه مَضـرَّة ، فأنت المقدّم عليه ، ومـعنى قوله : « ولا ضـرار » هو ما ليس لك فيه منفعة ، وعلى جارك فـيه مضرّة ، فهو المقدّم عليك ، وهذا قولُ بعض [شيوخ] (٣) الحديث .

فرع

قال مطرف وابن الماجشون في رجلٍ يكون له أرض لاصقة بأندر رجل، فأراد أن يبني فيـها بناء ، وذلك يقطع الريح [عن] (٤) الأندر ، ويبـطلُ نفعهُ ، فـقال : « لا يُمنع من ذلك ؛ لأن [الأندر] (٥) نفعُـهُ ينصرف إلى غيـر ذلك ، ولو مَنعَت صاحب الأرض من هذا كُنت مُـضراً به » ، وروى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم في « العتُـبية» : أنه يُمنع مما يضرُّ بجاره في قطع مرافق الأندر ، الذي قد تقادم نفع صاحبِه.

فـإنْ أراد [أن يحـدث] (٦) أندرًا قُـرب دار رجلٍ أو قُـرب جنانه أو مبقلتهِ، فإنهُ يُمنع من ذلك لِمَا يُدخل على رب الدار والجنان ، لوقوع التبن عليـهم في ذلك كمنْ أحـدث فُرْنًا أو حـمامًا ، وهو قـول مُطرف ، وابن الماجشون في كتاب « ابن حبيب » ، وبه قال سحنون .

ولو أن أندر الرجل في جوار أندر الآخر ،ويجمع زرعـهُ ويُخزِّنهُ فيه ،

---

(١) تقدم .

(٢) سقط من أ .

(٣) في ب : شراح .

(٤) في أ : على .

(٥) في أ : الإنذار .

(٦) سقط من أ .

فاشتكى جارهُ أنّ [ ][1] تمنعُهُ [الريح] [2] ، وطلب أن يُزيلها » . قال سحنون : « ليس لهُ ذلك » .

وأمّا الدبّاغ : يؤذي جيرانَهُ بريح دِباغهِ ونتنهِ ، فإنه يُمنع كالفُرن والحمام .

وأمّا الغسّال والضرّاب : يؤذي جارَهُ ، وَقْعِ ضربهما فلا يُمنعان كالحداد [حولك] [3] ،وهو قول مطرف ، وابن الماجشون في « الواضحة » .

ومن له قطعة من أرض [في] [4] فحصَ ، فأراد أن يبنى في عرصته، وقال الذي حولهُ : لا تبنى فيها ، فإنك تضرُّ بزرعنا.

قال ابن كنانة في « المجموعة » : « لا يُمنع أن ينبي ما شاء إذا كان له مخرج إلى الطريقِ في أرضهِ » .

وقال عبد الملك بن الماجشون ،ومطرف فيمن باع دَارَهُ ، وقد أحدث عليه جارهُ فيها كُوة أو مجرى ماءٍ أو غير ذلك من وجوهِ الضرر الذي كان لهُ في القيام ، فلم يقُم عليه حتى باعها ،فليس للمشتري أن يقومَ في ذلك، ولو كان البائع قد قام في ذلك [ق/ ٢١٢/ ٢أ] وخاصم ،ولم يتم له الحكم حتى باعها ، فلِلمُشتري أنْ يحلّ محلّهُ ، ويقومُ مقامهُ ، وبه قال «أصبغ » .

قال سحنون فيمن بنى مسجداً على سطح حَوانيتٍ ، وجعلَ له سطحُهُ، فكُل مَنْ صار في السطح ، يرى ما في دار رجلٍ إلى جانبه ، فقام

---

(١) كلمة بالأصل لم أتبينها .

(٢) سقط من ب .

(٣) سقط من ب .

(٤) سقط من أ .

عليه بذلك ، فقال : يُجبر باني المسجد [على أن يستر] (١) على سقف المسجد ، وتُمنع الناسُ من الصلاة في المسجد حتى يسدُّ هذا على جارِه .

وقال أيضًا : فيمن له دار عن يمين الطريق ، ودارٌ عن يسارِها مُتقابلين، فأرادَ أن يبني على جداري داره سطحًا يتخذ عليه غُرفة ، أو مجلسًا : أنَّ [له] (٢) ذلك ، ولا يُمنع من هذا أحد .

قال : وإنّما يمنعُ مَنْ يُضيِّف السكّة ، فأمّا ما لا ضرر فيه على السكَّة ، ولا على أحد مِن الناس ،فلا يُمنع . تم الكتاب ،والحمد لله [وصلى الله على محمد وآله وصحبه وسلم تسليمًا] (٣).

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) زيادة من ب .

كتـاب الحبس



كتابُ الحَبْس

تحصيل مشكلات هذا الكتاب ، وجملتها أربع مسائل :

المسألة الأولى

في الحبس المُبهم والمُفَسَّر

والحبس له ثلاثة ألفاظ : حبس ،وصدقة ، ووقْف .

وأحكامها : تتَّفِق تارةً ، وتختلف تارة .

ولفظ الحبس لا يخلو : [من وجهين] (١) : إمّا أن يكون مُبهمًا ، وإمّا أن يكون مُفَسَّرًا .

فإن كان مُبهمًا كقولهُ : داري حَبْس ، فلا خلاف في المذهب أنها وقفٌ مؤبدٌ ، لا تَرْجِعُ ملكًا ، وتُصْرَف للفقراء والمساكين ، إلا أن يكون بِموضعِه عُرْفٌ لمصارفِ الأحباس ، ومقاصدِ المُحْبِسين ، فيُحمل عليه ، كقول مالك في « الكتاب » : إلا أن يكون بالإسكندرية رحل ما يحبس الناس بها في السبيل ، فيجتهدُ في ذلك الوالي .

وأمّا المُفسَّر : فلا يخلو من وجهين :

أحدهما : أن يكون مُقيدًا بأمرٍ مخصوص .

والثاني : أن يكون مُفسرًا غير مُقيدٍ بأمرٍ ما .

فالجواب عن الوجه الأول : إذا كان الحبسُ مُقيدًا بصفةٍ ، أو أَجَلٍ ، أو شرطٍ ، فالحكمُ يختلف باختلاف التقييد ، والألفاظ التي بها حُبِس .

فإن قال : حبسٌ ، أو قال : وقفٌ ، أو قال : صدقةٌ ، بشهرٍ أو سنة

---

(١) سقط من أ .

أو حياتي ، على معينٍ أو مجهول ، فلا خلاف أنّ ذلك هبة منفعة ، وعمر إلى أجل ، ويرجع عند تمامها إلى ربها أو إلى ورثته إن مات .

فأمّا إن قال في المُعين : حياتهُ أو ما عاش ، فتختلفُ الأحكام في هذه الألفاظ الثلاثة :

وأما لفظُ الصدقة ، فلا يُختلف أنها كالعمرى .

واختُلف في الحبس ، على قولين مُتأولين على المدونة » :

أحدهما : أنه حبسٌ ،ولا يرجعُ ملكًا ، سواءٌ قيّدهُ بحياته أو ما عاش ، وهو تأويل سحنون على « المدونة » .

والثـــاني : أنّهُ إن أطلقهُ فـهو حبس ، وإن قـيّدهُ بحياته [فـهو] [1] عُـمرى، وهذا القـول مُتـأوّل على الكتـاب أيضًـا ، وهو قولُ مـحمـد ، ومُطرف، وكذلك أيضًا لو قال : على فلانٍ بعينهِ .

وأما في المجهول المحصور كقـولهِ : على ولدِ فُلان ، إذا قيّدهُ بحياتهم أو ما عاشوا ، فعلى قولين أيضًا :

أحدهما : أنه حبسٌ مُؤبدٌ كما لو لم يُقيدهُ ، وهو مذهب « المدونّة » .

والثاني : أنه كالعُمري ، ولو لم يُقيّدهُ ، فإذا قيدّهُ فهو أولى ،وأحقٌّ أن يكون عُمرى ، وهو ظاهر « المُدونة » أيضًا .

وأمَّا إن قـيّدهُ بالصـفة : كقوله : حبس صـدقة ، أو صدقةُ حَبسٍ، أو قال: لا يُباع ولا يُوهب .

فإن كان على مجهولين : فلا خلاف أنه حبسٌ مُؤبد.

وإن كان علي مُعينين : فقولان قائمان من « المدونة » :

---

(١) في أ : فهي .

أحدهـما : أنهُ حبسٌ مُؤبدٌ لا يُبـاع أبدًا ، وهو نصٌّ « المُدوّنة » ، فقال فيها ابن القاسم : ولـم يُختلف قولهِ في هذا قط يعني : مالكًا [رضي الله عنه] (١).

والثاني : أنه يَرجعُ بعد انقراض المُحبَس عليهم إلى المُحْبِس مِلكًا إن كان حيًا ، أو إلى ورثته إن كـان ميتًا ، كالعُمـرى ، وهي رواية ابن عبد الحكم عن مالـك في « العَتُبـية » ، وهو قـائمٌ من « المُدونة » أيضًا مِـن قول ابن القاسم حيث قال :« وهو الذي يقولهُ أكثرُ الرواة ، وعليه يُعتمدون ، يشعر بأنّ هناك قولاً لم يعتمد عليه ، وهذا ظاهرٌ جدًا .

والجـواب عن الوجه الثـاني :وهو الحبسُ المفسّر غيـر المُقيدِ بصفةٍ زائدةٍ على تفسيره ، فلا يخلو من ستة أوجهُ :

أحدها : أنْ يجعلهُ لشخصٍ مُعينٍ محصور .

والثاني : أن يجعلهُ لوجهٍ معينٍ محصور .

والثالث : أن يجعلَهُ لوجهٍ مُعينٍ غير محصور .

والرابع : أن يجعله لغير [ق/ ٢١٧ب] معين محصور .

والخامس : أن يجعهل غير مُعين غير محصور .

والسادس : أن يجعلهُ على معدوم بعد موجود غير محصور .

فأمّـا الوجه الأول من الوجـه الثاني : إذا جعلهُ لشخص مـعين محصور كقوله : حبسٌ على فلان أو على أولاد فـلان ، وسمّاهم بأسمائهم ، هل يكون حبسًا مؤبدًا أو يرجعِ ملكًا ؟

فعن مالك في ذلك روايتان :

إحداهما : أنه يكون حبسًا مؤبدًا لا يعود ميراثًا أبدًا.

---

(١) زيادة من ب.

فإن مات فلان رجعت إلى أقرب الناس بالمحبس حبسًا ، ولا ترجع إليه، وإن كان حيًا ، فإن لم يكن له قرابة رجعت إلى الفقراء والمساكين .

والثانية :أنها ترجع بعد موت المُحبس عليه مِلكًا للمُحبِس إنْ كان حيًا أو لورثتهِ إن كان ميتًا كالعُمرى ، والقولان قائمان من كتاب « الحبس » ، وكتاب « الوصايا» .

وسبب الخلاف : هل النظر إلى لفظ المُحبِس أم النظر إلى مقصوده ؟ فمن نظر إلى لفظهِ قال : يعودُ مِلكًا ؛ لأنَّهُ سمَّاهُ وعيَّنَهُ.

ومَنْ نظر إلى مقصوده ، قال : لا يعودُ مِلكًا ، ويرى أن فائدة تعيين المُحبَس عليه الحوز ، والتبدئة على غيره لا أكثر.

وأمّا الوجهُ الثاني : إذا جعلَهُ لوجهٍ معين محصور ، كقوله : داري حبسٌ في وجهِ كذا ،فعن مالك فيه روايتان : حكاهما « ابن الجلاب » :

أحدهما : أنه يبقى حبسًا مؤبدًا ، فإن انقرض [عن] [1] الوجه الذي جعلهُ فيه [رجع حبسًا على أقرب الناس بالمحبس .

والثانية :أنه يعود ملكًا بعد انقراض الوجه الذي جعله فيه] [2] ، فيكون له إن عاش ،أو لورثتهِ إن مات ، كالوجهِ الأول على سواء ، والمبنى واحد.

وأمّا الوجه الثالث : إذا جعلهُ لوجهٍ مُعين محصور كقوله : حبس في السبيل أو في قيد مسجد كذا [أو في إصلاح قنطرة كذا] [3] ، فحُكمهُ حكم الحبس المُبهم الذي قدَّمنَا ذِكْرهُ : يُوقَف على التأبيد والتخليد .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من ب .

فإن تعذّر ذلك الوجه لخلاء البلد ، أو لفساد موضع القنطرة ، حتى يُعلم أنهُ لا يُمكن أن تُبنى ، ولا يُرجى لتلك البلدة عِمارة ، فإنهُ يُوقَّف إلى أن ييأس مِن عودة عمارتها ، فيصرف إلى مثله .

وأمَّا الوجه الرابع : إذا جعلهُ في وجهٍ محصور غيرُ معين ، كقوله : على بني زيد ، أو على بني عمر ، أو على فلان وولده ، أو على عقبهِ ، أو على مَن يُطلُبُ العلمَ بمدينة كذا ، هل يعودُ ميراثًا أم لا ؟ قولان:

أحدهما : أنهُ حبسٌ مؤبدٌ لا يعودُ ملكًا أبدًا ، ويَرجِع بعد انقراض الوجه الذي جعلهُ فيه إلى أقرب الناس بالمحبِس يوم المرجع حبسًا عليه ، وهو قولهُ في « المدونة » .

والثاني : أنه يعود مِلكًا بعد انقراض الوجه الذي جعلهُ فيه ، وهذا القول نقلَهُ اللخمي عن ابن الجلاب [1].

وسبب الخلاف : هل النظر إلى اللفظ أم إلى المقصد؟

وأمّا الوجه الخامس : إذا جعلَهُ لغير مُعين غير محصور ، كقوله : على بني تميم ، أو على المساكين ، أو في إصلاح المساجد ، أو لطُلاَّب العِلم ، فلا خلاف أنَّهُ حبسٌ مُؤبدٌ كالمُبهم .

وأمّا الوجهُ السادس : إذا جعلهُ حبسًا على معدومٍ بعد موجودٍ غير محصور ، كقوله : على أولادي ،وبعد انقراضهم يكونُ للمساكين ، فماتَ ولم يترك ولدًا ، أو آيس له من ولد ، ففي ذلك قولان :

أحدهما : أنهُ يرجعُ ملكًا ، وهو قول ابن القاسم في « كتاب الوصايا » التالي من «المُدونة » حيث قال : « إذا أوصى لولدِ فُلان ، ولا ولدَ له يومئذٍ ، والمُوصِي عالم ، فإن مات فُلان قبل أن يُولدَ لهُ ، فالوصية باطلة

(١) التفريع (٢/ ٣٠٩ ـ ٣١١) .

مردودة » .

والثاني : أنها نافذة للمساكين ، وهذا قول عبد الملك .

وسبب الخلاف: هل النظر إلى مقصود المُوصِي ، فتنفُذ الوصية للمساكين أم النظر إلى لفظهِ ، فترجعُ ميراثًا ؟

وأمّا لفظُ الوقف : [فقد اختلف فيه متأخرو الأصحاب على قولين :

أحدهما : أن لفظ الوقف يفيد التأبيد كان لمعين أو مجهول ،أو محصور، وهذا القول حكاه البغداديون .

والثاني : مساواة لفظ الوقف] (١) ولفظُ الحبس : ويدخل الخلاف في لفظ « الوقف » في [الوجه] (٢) الذي دخل ما في لفظ الحبس ،وهذا القول حكاهُ المغارِبة من المالكية .

وأما لفظ الصدقة : فلا يخلو من أن يجعلها لشخص معينٍ ، أو لمجهولين غير محصورين ، أو يجعلها في مجهولين محصورين ، مما يُتوقع انقطاعهم :

[فإن] (٣) جعلها لشخصٍ معينٍ كقولهِ [صدقةٌ] (٤) لِزيد .

أو على مجهولين غير محصورين ممّا لا يُتوقع انقطاعهم ، كقولهِ : للمساكين ، فإنّ ذلك يكون ملكًا لهم ، ويُقسّم عليهم إن كان مما ينقسم أو قيمتُهُ بعد البيع إن كان مما لا ينقسم بين [من حضر] (٥) من المجهولين .

---

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : الواجب .

(٣) في أ : قال .

(٤) سقط من ب .

(٥) في أ : حضور .

وكان الحاضر [وقت] (١) القِسمة في حُكم المعُين ؛ إذ لا يلزم انتظار جمعِ جميع المساكين وعمومهم ، وذلك غيرُ مقدورٍ عليه ، ويُحمل على أنهُ مقصد المُتصدّق .

وأمّا أن يتصدق بها على مجهولين محصورين مما يُتوقّع انقطاعهم ، كقوله : على ولدِ فلان ، أو على فلان وولده ، فاختلف فيه المذهب على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنها حبسٌ مُؤبد ،لا يُباع ، ويرجع بعد انقراضهم إلى أقرب بالمحبس [حبسًا] (٢) وهو قول مالك في المدونّة ،ونصُّ رجاله فيها ، وسواءٌ [قال] (٣) : ما عاشوا أم لا .

والثاني : أنهُ يرجع إلى المُحبس عليهم مِلكًا ، وهي رواية أشهب عن مالك.

والثالث : أن حكمه حكم العُمرى ، ويرجعِ بعد انقراضهم إلى أولى الناس بالمُتصدق ميراثًا أو إليه إن كان حيًا [والحمد لله وحده] (٤).

---

(١) في أ : فكيف .
(٢) في أ : جنسًا .
(٣) في أ : قالوا .
(٤) زيادة من ب .

المسألة الثانية
في الشيء المُحبَس إذا خيف عليه
الدمار، هل يجوز [بيعه و] [١] استبداله أم لا ؟

ولا يخلو الشيء المُحبس من وجهين :

أحدهما : أن يكون رياعًا [ق / ٢١٣ / ٢ ـ أ] .

والثاني : أن يكون عُروضًا أو حيوانًا.

فإن كان رياعًا ، فلا يخلو من وجهين :

أحدهما : أن تكون الحاجة [دعت إلى بيعه][٢].

والثاني : ألا تدعو [إلى بيعه] [٣] الضرورة.

فأمّا إذا دعت الحاجة إلى بيعهِ ،وألحت إلى بيعهِ ، وألّحت عليه الضرورة إلى استبداله ، مثل : أن يكون الريع المُحبس بجوار مسجدٍ ضاق بأهلهِ ، فاحتاج أن يُضاف إليهِ ليُوسَّع بها ، فجائزٌ أن يباع ويُشترى بثمنه ريعًا مثلهُ يكونُ حبسًا ، وهو قول سحنون في « النوادر » ، وحكاهُ أصحاب المذهب قال : « وقد أُدخل في مسجد النبي ﷺ دورًا [حبسها][٤] كانت تليه ، » وحكى ابن حبيب مثل ذلك عن مالك أنه : جائزٌ للمسجد، ولِطُرقِ المسلمين ، يتوسَّعُون بذلك فيها ، وهو نفعٌ عام للمسلمين ، وقال مطرف ، وابن الماجشون ، وأصبغ ، وابن عبد الحكم : أنّ ذلك في مِثل

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) في أ : إليه .

(٤) في أ : حبسًا .

جوامع الأمصار ، فأمّا مساجد القبائل فلا ، والذي قالوهُ هو المذهب .

وقال إبراهيم بن المُنذر : أول مَن زاد في مسجد النبي ﷺ في قِبلتِهِ ، ومِن ناحيةِ دار مروان عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ ، وزاد في المسجد الحرام ، وأدخل في ذلك دورًا مُحبسة وغير مُحبسة ، ودفع أثمانها إلى أهلها ، ثم زاد عثمان ـ رضي الله عنه ـ فيهما بعدهُ ، وفَعَلَ كما فَعَلَ عمر ـ رضي الله عنه ـ ، فَأَبَوْا مِن أخذ الأثمان وصاحوا ، فأوْقَعَهَا عُثمان لهم ، وأمر بحبسهم ، واحتجَّ بفعلِ عمر .

وأمّا بيعها لغير حاجة ، ولا دعتْ الضرورة إلى ذلك ، فالبيع في ذلك ممنوع قولاً واحدًا في المذهب ، سواءٌ خرب أو كان قائمًا في موضع العُمران، أو تحوّلت عنه العمارة .

وإن خرب وصار عَرْصَة ، قال ابن القاسم : قال مالك : ولقد كان [البيع] (١) أمثل .

وروى ابن وهب في « موطئه » : أن ربيعة رخّص في بيع ريع حبسٍ دُثِر وتعطّل ، ويُعاوضُ بِثمنهِ في ريعٍ نَحوه في عمارةٍ تكون حبسًا ، وذكرهُ سحنون في « آثار المُدوّنة » في « كتاب الحبس » .

وأمّا الوجهُ الثاني : إذا كان الشيءُ المحبوس حيوانًا وعُروضًا ، فضعفت الدواب والعبيد ، حتى بطُل ما يُراد منها ، من النفع في استعمالها في الجهاد ، والوجهِ الذي حُبس له ، وبُليت الثياب حتى صارت خلقًا ، فهل يجوز بيعها أم لا ؟ فالمذهب على قولين منصوصين في « المُدونة » في «كتاب الحبس » :

أحدهما : أنّ بيعها جائز ، وهو قولُ ابن القاسم .

---

(١) سقط من أ .

والثاني : أن بيعها لا يجوز ، وهو قول غيره .

فعلى القول بجواز البيع : فإنَّهُ يُباع ، ويُشترى بثمنه مِثْلُهُ إنْ كان فرسًا اشترى بثمنه فرس ، وإن كان ثوب اشترى بثمنه ثوب ، فإن لم يبلُغ ثمنهُ [قيمةُ مِثله] (١) ، هل يَعانُ به في ثمنِ غيره أم لا ؟

فأمّا الخيلُ : إذا عجز ثمنُهُ عن قيمة الفرس ، فإنّهُ يُعانُ به في ثمن الفرس .

وأمّا الثياب : فإنّهُ يتخرج فيها في الكتاب قولان:

أحدهما : أنّ الثيابُ والخيل على سواءٍ ، وأنَّ ما وقعَ في الكتاب ، إنما هو بحسب السؤال ، ولو سُئل عن الثياب لَقال فيها بمثلِ قولهِ في الخيل ، وهو تأويل بعضهم .

والثاني : أن ثمن الثياب إذا عجز عن قيمة الثوب ، تَصدَّقَ به في السبيل ، ولا يُعان به في ثمنِ ثوب ، بخلاف الخيل ، وهو تأويل بعضهم أيضًا ، وهو أسعد بظاهر « الكتاب » .

والفرقُ بينهما على هذا التأويل : أنّ الخيلَ المقصودُ منها المنفعة [بها](٢) في الغزو ، فينبغي أن تُجعل أثمانها في مِثلها مهما قَدَرْ ، ليُحيى قصد المُحبس .

وأمّا الثياب ، فالمقصود بها الانتفاعُ بأعيانها [للغزاة] (٣) فإذا بليت ، وعُدِمَ الانتفاع بنفسها ، أعُطيت لهم أثمان ما بيع من خلقها ، فينتفعون بها عوضًا عنها ، وهذا الفرق لا بأس به .

(١) في ب : قيمته .
(٢) سقط من أ .
(٣) في ب : للعراة .

والفرق بين الرِّباع وغيرها من الحيوان والعُروض في : جواز بيع ما ضعفُ منها أن العروض والحيوان ، لو لم يجز بيعها ، لأدَّى ذلك إلى هلاكها ، وانقراض أعيانها بالكُلية ، وانقطاع مُراد المحبسِ منها ، ما يحصُل له من الثواب ؛ لأن الثواب إنما يُكتب لهُ مع دوام الانتفاع بها ، فإذا عدم عينها ، وانقطع الانتفاعُ المرادُ منها ، فلا ثواب له ، فبيعُهُ والشراءُ بثمنِهِ ما يُنتفع به في جنسهِ ، والإعانة به في مثلهِ ، يُحيي مراد المحبس .

وأمّا الربع فإنّهُ وإن خرب واندرس ،وصار قاعة ، فلابد أن يقيِّض الله له مَنْ له رغبة في اكتساب الأجر ، واقتراف الثواب في غالب الأحوال ، فيبنيه ويحبسه حتى يُمكن الانتفاع به ،ويعودُ إلى الحالةِ الأولى، ويكون أجرُهُ مُستدامًا لمُحبِسِهِ ما دام الانتفاعُ به قائمًا ، والحيوان والعروض بخلاف ذلك ، مع ما في ذلك من السُنّة في إحباس السلف ، وبقاؤها خراب دليلٌ على أنّ بيعها غير مستقيم [والحمد لله وحده] (١) .

---

(١) زيادة من ب .

المسألة الثالثة
في تفسير مسألة ولد الأعيان الواقعة في الكتاب

واعلم أنها من المسائل التي يتَّسِع فيها المقال ، ويتفرعُ فيها السؤال ، ويدق فيها الفهم ، ويتَّسع الوهم .

وقد قال سحنون : إنها من [حِسانِ] (١) المسائل وقلَّ مَنْ يعرفُها ، قال: وهي في أكثر الكُتب خطأ .

وإنما قال ذلك [لدقة] (٢) معانيها ، وغامض ما في تعريفها مِن خَفِيِّ الفقه ، ومِنْ حقّها وما بيَّن من ذلك ما حضرني ، وبَلَغَتْهُ مَعْرِفتي ، وبالله أستعينُ فيما أُحاولهُ مِنْ الشرح المُبين .

فيمن حبس ديناراً في مَرَضِه ، على ولدِه وولدِ ولدِه ، ولهُ أمٌ وزوجة، والثُلث يحملها ، وترك من [البنين] (٣) ثلاثة ، ومِن ولدِ الولد ثلاثة :

فاعلم أنه لمّا حبسَ على ولدِه وولد ولَدِه وأعْقَابَهُم ،وكان الثلثُ يحمل ذلك ، فكان في ذلك حبسٌ على غير وارثٍ ، وهم ولد الولد ، والعقِب وعلى الولد ، وهم ورثة فنحن لا نقدر أن نبطِل ما كان للولد من ذلك ، وإن شاء ذلك بقية الورَثة ؛ لأن [فيه] (٤) شرط لغيرِ وارثٍ من ولدِ الولد وما يتناسل من الأعقاب ، فلم يكن لنا بُدٌ مِن إيقاف ذلك على معاني الإحباس ، إلا أنّ ما صار من ذلك بيدِ ولدِ الأعيان قام فيه ورَثَةُ الميت من أُمٍ وزوجةٍ وغيرهم ؛ إذ لا حُجة لورثةِ الميت على ولد الولد ؛ إذْ ليسوا

(١) في ب : أحسن .
(٢) في أ : لرفعة .
(٣) في ب : الولد .
(٤) في أ: فيها .

بورَثة ، ولا لهم إبطال ما صار لهم من الحبس ، ليكون موروثًا بِملك يتمول ويُباع ، لما فيه من حقّ الأعقاب ، وهو خارج من الثُلث .

وإنّما لهم الحُجّة على ولد الأعيـان ، في الدخول معهم ، في الانتفاع بما في أيديهم؛ إذ ليس لوارثٍ أنْ ينتفع دونَ وارثٍ معهُ [ق/٢١٨ ب]، وإذا لم يملكوا [الرقاب] [١] ، ويملكون المنافع شاركوهم بالميراث في تلك المنافع حتى يزول ذلك عنهم إلي غير وارثٍ ، فتنقطع حُجّة الورثة من الانتفاع .

ويَصيرُ حَبسًا [صرِفًا] [٢] لولد الولد إن عاشـوا أو [للعقب] [٣] إنْ ماتوا ، والكلام في هذه المسألة في فصلين :

أحدهما : في بيان فقهها ، وغاية أقسامهِ .

والثاني : في بيان حسابها ، ونهاية أبوابه .

فالجواب عن الفصل الأول : في بيان [فقهها] [٤] ، وغاية أقسامهِ :

اعلم أن الزوجة أمٌ لجميع الولد [وعلى أن كل واحد من أعيان الولد][٥] ولدًا واحدًا ، وهم الثـلاثة المذكورون ، وعلى أن ولدِ الأعيـان ذكور، ولو كان بعضهم إناثًا لم يدخل أبناء الإناث في الحبس ، كما قال الشاعر:

بَنُـونا بَنُـو أَبنـائِنا وبـناتنا ... بنوهُنّ أبناء الرجال الأباعدِ

فتجرى المسألة على هذا النسق [صردًا] [٦] لسؤال الكتاب ، وإيضاحًا لما احتوت عليه بواطن الأبواب ، ويكونُ ذلك أسرع لفهم ذوي الألباب من

(١) سقط من أ .
(٢) سقط من ب .
(٣) في ب : للعصبة .
(٤) في ب : فقهه.
(٥) سقط من أ .
(٦) في أ : طردًا .

الطُّلاَّب ، إن شاءَ الله رَبُّ العالمين ، وهو حسبنا ونعم الوكيل .

فإذا ثبت ذلك ، فلا يخلو من أربعة أوجهُ :

أحدها : أن يموت واحدٌ مِن ولد الأعيان .

والثاني : أن يموت واحدٌ من ولد الولد .

والثالث : أن يحدث ولد لبعض ولد الأعيان ، أو لبعضِ ولد الولد .

والرابع : أن يموت بعضُ الورثة مِمن يأخُذ بالميراث خاصةً .

فالجواب عن الوجه الأول : إذا مات واحدٌ من ولدِ الأعيان عن سهمهِ من أصل المسألة ، هل تنتقض القسمة في جميع المُحبس أو لا ؟

فلا يخلو الحبس من وجهين :

أحدهما : أن يكون مما تُقَسَّم غلتهُ على مَن وُجد [حيًا] (١) يومئذٍ .

والثاني : أن يكون مما لا تُقسّمُ غلتهُ ، كالدُور [تسكن] (٢) والأرضين تزرع ، فإنْ كان مما تُقسّمُ غلتهُ : فالمذهب على أربعة أقوال :

أحدها : أنَّ القِسمة لا تنتقض في جميع الحبس ، وإنّما يُؤخذ سهمهُ من أصل الحبس ، وذلك [سدس] (٣) جميعهِ ؛ لأنَّا نأخُذ ما بِيدهِ مِنْ والدهِ ،ونُعيد إليه من قبل الأمِّ والزوجة ما أخذنا منه ، وهو سُدس سهمه وثُمُنَه ، فيعود سُدسًا كاملاً ، ويُقال لهما : قد كُنتما تحتجّان عليه ، بأنهَ يستأثر بذلك دُونكُما ، وأنتما وارثَانِ معهُ ، فلمَّا مات لمْ يَبْقَ لكما حُجَّةَ في بقاء ما أَخذتُما منهُ بأيديكما لقيامِ ولدِ الولد فيهِ بمعنى الحبس ،ولا حُجَّة لكما على ولد الولد ؛ إذْ هُم غيرُ ورثة ، فيُقسّم ذلك السُدُس الذي كان

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) في أ : سدٌ من .

حظُّ الميت ، مِن ولدِ الأعيان مِن أصل الحبس ، على خمسةِ أسهُم ، فالثلاثةُ أسهم لولدِ الولد مُضافة إلى ما بأيديهم مِن جدِّهم ،وسهمان لولدي الأعيان تقوم فيهما أُم الميتِ وزوجتُهُ ، فيأخُذان الثُمُن والسُدُس منهما ، ثمّ يُقَسَّم ما بقى من هذين السهمين على ثلاثةِ أسهُم ، فلِكُل واحدٍ من الحيين من ولد الأعيان منهم سهم ، وسهمٌ لورثة الهالك من ولد الأعيان ؛ لأنه يحيا بالذكر بين ولده وبقية من يَرِثُهُ إن كان ، فيصير بيد ولده هذا نصيب بمعنى من الحبس من جدِّه في القسم الأول ، والثاني نصيب بمعنى الميراث عن أبيهِ هذا الميت الثاني ، وهي رواية عيسى عن [ق/ ٢١٤/ ٢ـ أ] ابن القاسم في « العُتبية » ، و« الموازية » ،وهو ظاهر قوله في « المُدونَّة ».

والثاني : أن القسمة تنتقض في جميع الحَبس ، ويردُّ كلَّ واحدٍ من ولد[الولد وولد] [١] الأعيان ، والأُم ، والزوجة ، جميعَ ما في أيديهم ، فيُقسم أصل الحبس على خمسة أسهم : فثلاثة منها لولد الولد ، وسهمان لولدي الأعيان الباقين ، تأخُذ زوجة أبيهما ثمنهما ، وأُمَّهُ سُدُسها ، والباقي يُقسَّم على ثلاثة أسهم : فسهمان للحيين ، وسهمٌ لورثةِ الميت من ولد الأعيان ، وهي رواية يحيى بن يحيى عن ابن القاسم ،وبهِ أخذ ابن الموّاز.

والثالث : أن القسْم [لا] [٢] ينتقض في جميع الحبس ، وإنما تنتقض فيما بين ولدي الأعيان ، وزوجة الميت الأول ، [وأُمُّهُ] [٣] ، فإذا قُسِّم السُدُس الذي هو للميت من ولد الأعيان على خمسة أسهم ، كما قال في القول الأول ، فيَصير لولدِ الولد ثلاثة أسهم ، ولولدي الأعيان سهمان ،

(١) سقط من أ.

(٢) في أ : كل .

(٣) في ب : وبنيه .

فإنّهُ يأخذ مـا بيدِ كلِ واحدِ من ولدي الأعيـان ، والأُم والزوجة من القسم الأول ، فيُـضاف بـعضـهُ إلى بعض ، ثم أخرج ثمنهُ للزوجـة ، وسدسـه للأم، ثمّ أحـيى الميت الثاني بالذكـر ، ويُقـسَّم الباقي على ثلاثة أسـهم : لولدي الأعـيـان ، وسهمٌ لوَرَثَة الميـت الثاني ، وهذا تأويـل أبي إسحـاق التونسي على المسألة .

والرابع : أن القسم لا ينتقض إلا فيما بين ولدي الأعيان خاصةً ، بحقٍّ وَرَثة الميت منهم [فإذا أخذ سـهمين من سدس الميت منهم] [(١)] ، وتأخـذ الأُمُّ والزوجة السُدُس والثُمُن منهما ، فإنّ الباقي يُضَمُّ إلى ما بأيديهما قديمًا من القِسم الأول ، فيُقسَّم على ثلاثة أسهم :

سهمـان لهذين الحيين ، وسـهمٌ للميت ،يدخُلُ فيه جـميع من يرثُهُ ، وهذا القول حكاهُ ابن عبدوس عن سحنون .

وفائدة الخلاف وثمرته : اعتبار مساواة وَرَثةِ الهالك من ولد [الأعيان][(٢)] للحيِّين منهم فيما يصحُّ لكلِ واحدٍ منهم ، هل [يُعتبر] [(٣)] أم لا ؟

فَمَنْ اعتبرهُ قال : بانتقاض القِسمة ، إمّا من أصلها كما قال سحنون ، وابن القاسم فـي رواية يحيى ، وإمّا بانتـقاضـها فيـما بين ولدي الأعـيان والزوجة ،والأُم أو فيما بين ولدي الأعيان أنفسهما .

وَمنْ لم يعتـبر ذلك قال : لا تنـتقض القِسـمة بوجه ، كـما هو ظاهر «المُدونّة » ،ورواية عيسى في « العُتبية » ؛ لأنها [إذا] [(٤)] انتقضت تساوى ورثة الهالك مع ولدي الأعيان فيما يصحً لكلِ واحدٍ منهم .

---

(١) سقط من أ .
(٢) سقط من ب .
(٣) في ب : يتعين .
(٤) سقط من أ .

فإن لم تنتقض كان الحيّان مِن ولد الأعيان ، يأخُذان أكثر مما يأخذ ورثة الميت منهم ، وفي « فصل الحساب » يتبيّن ذلك ، ويتضّح إن شاء الله تعالى.

وأمّا ما يُقسّم أَصلُهُ دون غلّتِهِ : كالدور تُسكن ، والأرض تُزرع ، فلابد من نقض القسْم فيه ، وهو قول سحنون في « كتاب ابن عبدوس » ، وما قالهُ صحيح؛ إذْ لا يُتصور قسمة نصيب الميت من أصل الحبس إلا بذلك .

والجواب عن الوجه الثاني : إذا مات واحدِ مِن ولدِ الولد بعد ذلك ، وقد مات قبلَهُ أبوهُ مِنْ ولد الأعيان ، هل ينتقض القَسْم بموتهِ أم لا ؟ فالمذهب على قولين :

أحدهما : أن القَسْم ينتقض ، فيُأخذ ما بِيدِ كُلِ واحدِ من ولدي الأعيان وولدي الولد بمعنى الحَبْس والميراث ، وما بيدِ الأُم والزوجة ، فيُقسم جميع الحَبس على أربعة أسهم : سهمان لولدي الأعيان ، يدخُلُ فيهما الأُم والزوجة على [ما فسّرنا] (١) ، وسهمان لولدي الولد بمعنى الحبس ، وهو قول سحنون ، وابن عبدوس .

والثاني : أن القسم لا ينتقض ، وهو قول ابن القاسم ، ووجهُ العمل في القسمة على هذا القول : أن يُأخذ ما كان بيدِ هذا الميت مِنْ ولدِ الولد، وهو الخُمس المأخوذ في قِسمة الحبس عندَ مَوْت جدِّهِ ، وعند موتِ أبيه بسبب موت أبيه دون ما بيده بالميراث عن أبيه فيُقسَّم هذا الخُمس على أربعة أسهم : لكل واحد من ولدي الولد سهم ، وسهمان للحيَّين من ولد الأعيان ، وهل تأخُذ فيهما أمُّ الجد ، وزوجتُهُ السُدُس والثُمُن أم لا ؟

---

(١) سقط من ب .

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنهما يأخذان فيهما [الثمن و] (١) السُدُس ، كما يأخُذان في موت واحدٍ من ولد الأعيان ، وهو قول ابن القاسم .

والثاني : أنهما لا يدخُلان فيهما ، وهما لولدي الأعيان خُصوصًا ، وهو قول سحنون .

وينبني الخلاف على الخلاف : في السهمَيْن الراجعَيْن إلى ولدي الأعيان، مِن خمس مَنْ هلك مِن ولد الولد ، هل رجع إليهما بمعنى الوصية أو بمعنى مرجعِ الأحباس ؟

فمن رأى أنّ رُجوعهما إليهما بمعنى الوصية ، قال : تدخُل فيهما الأُم والزوجة بالثُمُن والسُدُس ؛ إذ « **لا وصية لوارث** » (٢) ولا يصح أنْ يكون بمعنى المرجع ؛ لأنّ مرجعَ الأحباس لا يصحُّ أن يرجع مع وجود المُحبس عليهم [لأن حكم المحبس عليهم] (٣) إذا كانوا جماعة إنما يأخذون ما مات عنه بعضهم بأصل التخيير لا بمعنى المرجع ؛ لأنَّ الميت قصدَ أن يكون للآخر منهم ، بدليل أن لو كان المحُبس عليهم أجنبيين ، فمات بعضهم ، لكان بقيتهم أولى بالحبس دون عصبة الميت ، ولو كان نصيب مَنْ مات إنما رجع إليهم بمرجع الحبس لَوَجَبَ أنْ يكون قرابة الميت أوْلى مِن بقية الأجنبيين .

فمن رأى أن [رجوعه] (٤) إليهما بمعنى مرجع الأحباس قال : لا

---

(١) سقط من أ .

(٢) أخرجه البخاري (٢٨٧٠) ، (٣٥٦٥) ، وابن ماجة (٢٧١٣) ، وأحمد (٢٢٣٤٨) من حديث أبي أمامة ،وصححه الألباني .

(٣) سقط من أ .

(٤) في أ : رجوعهما .

تدخُل فيهما الأُمُّ والزوجـة ، وهذا القول أضعف القولين ، والذي قاله ابن القاسم أصح ، وعليه أكثر الرواة .

فعلى القول بدخُـول الأُم والزوجة فيهما بالثُمن والـسُدس ، فإنّ الباقي يُقسَّم عـلى ثلاثة أسهم : سهـمان لولدي الأعـيان الحيين ، وسـهمٌ لورثة أخيهـما الميت يدخُل في ذلك كلُّ مَنْ يرثُهُ ، والأُم والزوجة إن كـانتا لهُ ، والباقي لورثة ولدهِ الذي مـات بعدهُ ، وإن لم يكن [له] (١) الآن ولـد ؛ لأنه إنّما قسّم ذلكَ على قسم ما ورَثَ عليه يوم مات لا اليوم .

فإن كـان لولدهِ الأُم والزوجـة : دخلتا فـيه بالثلث والربع ، ومـا بقي لعمـيْهِ؛ لأن ما قسم من هذه المسـألة على معنى الميراث ؛ فـإنما يقسم على القسم الأول ،ثم يكون لورثة ورثته أبدًا ما بقى [أحد] (٢) من ولد الأعيان.

فإن مات بعـد ذلك ولدٌ آخر من ولد الأعيان ، فـانظر إلى ما نَابَهُ في مُقاسمة ولد الولد مِن أصل الحبس في أصل هذه الأقسام :

وذلك بالربُع ، فرُدَّ إلـيه كُل ما خـرج منهُ لأُمِّ زوجهِ ، ولزوجة أخـيه ولورَثَة وَرَثته ؛لأن ما يُؤقت مِن القسْم بموته ، إنّما هو لحجة ولد الولد في إقامة قِسْم الحَبس ، ولا حُجَّةَ عليهم لورَثَة الجد فيما [لهم] (٣) من توفير سهمهم على قسم الحبس بوصية الجد ، فتجده أخذ من أبيهِ السُدس ثُمَّ عن أخيه خُمس السُدس ، فصار ذلك خُمسًا .

ثُمَّ أخـذ ربُع الخُمس عن ابن أخـيه ،وصـار لهُ الربُع ، ثُمَّ يُقـسَّم هذا الربُع بعد أن رُد إليه كُلما خرج منهُ مِن عند مَن دانَ إليه مِن وارث ،ووارث وارثٌ على ثلاثة أسهم : فسهمان للباقين من ولد الولد ، وسهمٌ للباقي من

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

ولدِ الأعيان : تـأخُذ منهُ زوجة الجَدِّ ثُمُنه ،وأُمُّـهُ سُدسه ، ثُمّ يقسَّم بَقِـيَّتهُ على ثلاثة أسـهم : [فسـهم] (١) لهـذا الحي من ولد الأعيـان ولورَثة كُل واحدٍ من ولدي الأعيان الميتين سهم سهم ، يدخُل ورثة كلِ واحدٍ منهما في سهمه على ما سبق من التفسير ، والخلاف الذي قدّمناهُ في الوجه الأول في انتقاض القِسمة داخلٌ في هذا الوجه ، فلا فائدة لتكراره .

فإن مـات بعد ذلك أحدٌ مِن ولد الولد ، وهو ابن الميت الثـاني قبلَهُ ، من ولدِ الأعيان ، فقد علمت أن بيدِه عند موت جدِّه السُدُس [و] (٢) عند مـوتِ عمِّـهِ خُمس السـدس ، فصـار ذلك الخُمس عند مـوت أخيـه رُبع الخمس، فـصار ذلك الرُبع ، ثمّ عند مـوت ابنيه ثُلث الرُبع ، فـصار ذلك الثُلث : فيُقـسَّم ذلك على سهمين : فسهمٌ للـباقي مِن ولد الولد ، وسهمٌ للباقي من ولدِ الأعيان ، هل تدخلُ في الأُم والزوجة [أم لا] (٣) ؟ فعلى الخلاف الذي قدّمناهُ بين ابن القـاسم وسحنون ، فعلى القول بدخـولهما ، فإن الباقي يُقسّم على ثلاثة أسهم :

فسـهمٌ لهذا الحي من ولد الأعيان ، وسـهمان لورَثةِ الميـتيْن [من ولد الأعيـان يرث كل واحد منهمـا سهم تدخل أمه ، وزوجـته أو ورثتهـما إن ماتا، والبـاقي الذي يجب لولدي الميتين] (٤) ،يأخَذهُ عَمُّـهما ؛ هذا إذ لا وارث لهما غيرهُ .

وعلى القول بأن الأُم والزوجـة ، لا يدخلان فيما أخـذ الباقي مِن ولد الأعيان مِنْ ولد الولد ، فإنَّ ذلك [الثلث يقسم] (٥) على سهمين : سهمٌ

---

(١) في أ : قسم .
(٢) سقط من أ .
(٣) سقط من ب .
(٤) سقط من أ .
(٥) في أ : يقسم الثلث .

للحي من ولد الأعيان ، وسهمٌ للباقي من ولدِ الولد .

وأمّا ما كان بيده بمعنى الميراث ، مِن موت أبيه ، فلا يدخلُ في هذا القسم على القولين جميعًا ، ويبقى لورَثته سبيل الميراث ما بقي أحدٌ مِن ولد الأعيان ، إلا على القول بانتقاض القسمة من أصلها .

فإن مات بعد ذلك الباقي مِنْ ولد الأعيان ، فإنَّهُ يأخذُ كُلَّ ما بيدهِ وكُلَّ ما بيدِ غيره من أهل الميراث مِن زوجة ،وأم ،ووَرَثة ولدِ ،وكُل مَن بيدهِ شيءٌ من ذلك بميراثٍ ، فيُدفع إلى ولد الولد الباقي ، فيصير بيدهِ الحُبس بأسرِهِ .

ثمّ إن مات ولد الولد ـ هذا ـ الباقي كان هذا الحبس ، لأقرب الناس لمن حبسهُ حبسًا ، ولا يدخُل فيه إلا مَن يدخُل في مراجع الأحباس [ق/ ٢١٩ب].

ولو مات أولاد ولد الولد الباقي ، وبَقِيَ واحدٌ من ولدِ الأعيان ، ولم يبق مِن أهل الحبس غيرهُ ، أخذ هذا الباقي من ولد الأعيان كُلَّ ما بيد هذا الميت من الحبس ،وهو النصف : فتأخُذ منهُ الأمُ والزوجة الثُمن والسُدُس على قولٍ ،فيُقسّم الباقي على ثلاثة أسهم : فسهمٌ له ،وسهمٌ لورَثَةِ كُل واحدٍ مِن ورثة أخويه ، وما كان بيدِ هذا الميت الذي هو ولدُ الولد ، بسبب الميراث عن أبيه ، فهو لِمن يرثُهُ على سبيل الميراث ، ما بقى مِن ولد الأعيان أحد .

وعلى القول بأنّ ما مات عنه ولدُ الولد ممّا بيدهِ بمعنى الحبس ، فإن مَرجِعَهُ إلى مَن بَقِي مِن ولد الأعيان مرجعِ الأحباس ؛ فإنَّهُ لا يُقسَّم مع أحدٍ ثمَّ إن مات بعد ذلك ، فإنَّهُ يُرجَع الحبس جميعُهُ إلى أقرب الناس بالمُحبِس حبسًا [ق/ ٢١٥/ ٢أ].

والجـواب عن الوجـه الثـالث : إذا حدث ولد لـبعض ولد الأعـيان أو لبعض ولد الولد ، فـإن القسم ينتقض قولاً واحدًا ، أو يـقسم أهل الحبس على سبـعة أسهم ؛ فمـا صار لولد الأعيان دخلت الزوجـة والأم على ما تقدم ، ثم يقسم البـاقي على ثلاثة أسهم ؛ لكل واحد [منهم] [١] سـهم [سهم] [٢] .

والجواب عن الوجـه الرابع : إذا مات بعض الورثة ممن بيده ذلك بمعنى الميراث خاصة ، فلا ينتقض القسم بموته ، ولا يؤتنف فيما ترك قسم بمعنى الحبس ، ولكـن [يقسم] [٣] بين ورثته على مـعنى [الميراث] [٤] أبدًا مـا بقي أحد من ولد الأعيـان ، وإذا ماتت زوجة الجد ، فـورث ما بيدها ولد الأعيان ، وهم بنوها ؛ فـلا حجة فيه عليـهم لولد الولد ؛ لأن الولد أخذه بالميراث بعد قسم الحـبس على ما أوصى [المحبس] [٥] ، ثم إن مات بعد ذلك واحد من ولد الأعيـان ،فإن ما دار إليه ها هنا عن أمه مما دار إليـهما من سهمه يدخل في قسم الحبس ،وإن أخذه بميراث ؛ لأن بموته ينتقض كل ما كـان خرج من سهـمه لأم وزوجـة حتى يكمل أصل ما نـابه من الحبس فيقسم ، بخلاف غيره في هذا من أهل الميراث .

والجواب عن الفصل الثاني : في بيان حسابها : اعلم أن أرباب المذاهب اختلفوا في قسمة الحبس إذا نص المحبس الولد وولد الولد هل [يساوى][٦] بينهم أو [يؤثر] [٧] الآباء على الأبناء على قولين قائمين من « المدونة»:

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) في أ : ينقسم .

(٤) في أ : المواريث .

(٥) في أ : الميت .

(٦) في أ : يسوي .

(٧) في أ : يؤثروا.

أحدهما : أنه يؤثر الآباء على الأبناء ، وهو قول ابن القاسم في «كتاب الحبس» .

[**والثـاني** : أنه يساوي بينهـما ، وهو قول المغيـرة في الكتاب ، وهو مذهب أشهب ، وعليه يتفرع حساب هذه المسألة] [١] .

فنقـول ـ وبالله التوفـيق : وإذا حبـس على ولده ، وهم ثلاثة [وعلى ولد ولده وهم ثلاثة] [٢] في مرضه ،والثلث ـ يحمله وله أم وزوجة ، فإن فريضتهم من ستة أسهم لكل واحد منهم سهم ، ووجب للأم والزوجة أخذ الثمن والسدس من سهم كل واحـد من ولد الأعيان ، والسدس لا ثمن له ؛ فالثمن والسدس من أربعـة وعشرين لكل سهم ستة ، والسـتة لها سدس ولا ثمن لها ؛ فتضرب ستة في أربعة وعـشرين ؛ فيصير العدد مائة وأربعة وأربعين لكل سـهم أربعـة وعـشرون للزوجـة ثمن سـهم كل واحـد منهم وجملته تسعة أسهم ، وللأم سـدس سهم كل واحد منهم [وجملتها] [٣] اثنا عشر .

ثم مات واحد من ولد الأعيان وبيده سبعة عشر وردت الأم ما أخذت ـ وهو أربعة ـ والزوجة ما أخذت من سهمـه ـ وهو ثلاثة ـ فعاد السدس كما كان وهو أربعة وعشرون ، وهي لا تنقسم على خمـسة فتضرب خمسة في مائة وأربعة وأربعين ، فـتصير سبعـمائة وعشرين ، ثم تقسمـه على ستة، فيـصير لكل سـهم مائة وعـشرون ؛ فيـقسم سدس الميـت ـ الذي هو مائة وعشرون ـ على خمـسة أسهم ـ عدة [الولد] [٤] وولد الولد ، وبقـية ولد الأعيان ، فيصير لكل سهم أربعة وعشرون ؛فتأخذ الأم والزوجة السدس ،

---

(١) سقط من ب .

(٢) سقط من أ .

(٣) في أ : وجملته.

(٤) سقط من أ .

والثمن من سهمي ولدي الأعـيان وجملتها أربعة عشر سهـمًا : للأم ثمانية أسهم ، وللزوجة سـتة ، والباقي أربعة وثلاثون غير منقـسمة على ثلاثة ؛ لأن الميت يحيا بالذّكر ، فتضـرب ثلاثة في جملة ما انتهت إليه الفريضة ، وذلك سبعمائة وعـشرين ؛ فتصير ألفان ومائة وستون مـقسوم على ستة ؛ فالسدس لكل واحد ثلاثمائة وستون ؛ فتأخذ الزوجة ثمن ما بيد كل واحد من ولد الأعيـان ؛ فيـجتمع لهـا خمـسة وثلاثون ومائـة ، وللأم السدس فيجتمع لها مائة وثمانون .

فلما مات واحد من ولد الأعيان رد إلى ما بيده ما أخذت الزوجة منه ؛ وذلك خمسـة وأربعون ، ومن عند الأم ستون ؛ فـيعود السدس كـما كان ثلاثمائة وستون ؛ فتقسم على خمسة ، فخمسه : اثنان وسبعون لكل واحد من ولد الولد ، وولدي الأعيـان ؛ فتأخذ الأم سدس مـا بيد كل واحد من ولدي الأعيان ؛ وذلك اثنا عـشر ، وتأخذ الزوجة تسـعة من يد كل واحد منهم ؛ يبقى بيد كل واحـد منهم أحد وخمسون ؛ فيـجمع ذلك ، فيكون مائة وسهمان ؛ فيقسم على ثلاثة ، فيصير لكل سهم أربعة وثلاثون ولورثة أخيـهما سـهم من ذلك أربعة وثلاثون ؛ فـيجمع بيـد كل واحد من ولدي الأعيان تسـعة وثمانون ومائتـان ، وبيد ورثة أخيهم أربعـة وثلاثون ، وبيد زوجة الأب ثمانية ومائة ، وبيد أمـه أربعة وأربعون ومائة ، وبيد كل واحد من ولد الولد اثنان وثلاثون وأربعمائة .

ثم إن مات واحد من ولد الولد وبيده اثنـان وثلاثون وأربعمائة : فعلى القول بأن القسمة لا تنتقض فلا إشكال ، وعلى القـول بانتقاضها ، فاقسم جـميع الحـبس على أربعة أسـهم ، فـإن وقع الكسر في بعض الوجـوه ، فاضرب سهام من انكسرت عليه في ما انتهى بك العدد حتى ينتهي إلى عدد لا كسر فيه .

ولا تكاد المسألة تسلم من الكسر إلا بمضاعفة العدد إلى مئين الألف ، ولكن ذلك يتفاحش جدًا ، ولو بسطنا فيها الحساب والضرب لخرج بنا إلى حد الإكثار الذي لا يجدي فائدة ، وقد بينت لك وجه العمل في المسألة ، فاهتد بهديه ، والله يهدي من يشاء إلى صراط مستقيم [والحمد لله وحده][1] .

---

(١) زيادة من ب .

المسألة الرابعة
في موت بعض من حبس عليهم ثمر الحائط

ولا تخلو من ثلاثة أوجه :

أحدها : أن يموت قبل إبار الثمرة ، وقبل القسمة .

والثاني : أن يموت قبل الإبار وبعد القسمة .

والثالث : أن يموت بعد الإبار ، أو بعد الطيب ، وقبل القسمة .

فأما الوجه الأول : إذا مات قبل الإبار ، وقبل القسمة ، فلا حق لورثته في الثمرة اتفاقًا ، إلا شيئًا ذكره أبو الحسن اللخمي أنها تكون غلة بالظهور.

وأما الوجه الثاني : إذا مات قبل الإبار ،وبعد القسمة فسهمه لورثته ، ولا ينزع منهم اتفاقًا ، ولا إشكال في هذين الوجهين .

وأما الوجه الثالث : إذا مات بعد الإبار أو بعد الطيب ،وقبل القسمة لمن تكون الثمرة ؟ فقد اختلف فيه على أربعة أقوال كلها قائمة من المدونة :

أحدها : أن الثمرة لبقية أصحابه كانوا يتولون العمل أم لا .

وهذا [القول الذي رجع إليه مالك في « الكتاب » .

والثاني : أن سهم الميت يرجع إلى المحبس عليهم سواء كانوا يتولون العلم أم لا ، وهذا] [1] يتخرج من « الكتاب » غير منصوص عليه فيه ؛ وذلك أنه لَمَّا لم يكن لورثته ميراث ؛ لكونه مات قبل أن تكون الثمرة غلة - على قول - لم يصح فيه لورثته ميراث بعد ، ولم يتعين لبقية الأصحاب

---

(١) سقط من أ .

وجه يستحقون به سهم الميت تعين رجوعه إلى المجلس .

أصل ذلك : لو ماتوا جميعًا قبل أن تصير الثمرة غلة ، فإن جميع الثمرة ترجع إلى المحبس بلا خلاف ؛ لأنهم قوم معينون ، وبه تصح مسألة الكتاب ، وهذا ظاهر لا مراء فيه .

والقول الثالث : التفصيل بين أن يتولوا العمل، فيكون سهم الميت لبقيتهم ، أو لا يتولوا العمل ، وإنما تقسم عليهم الغلة ، فيرجع سهم الميت إلى المحبس ، وهذا القول الذي رجع عنه مالك في [الكتاب][1].

والقول الرابع : أن سهم الميت لورثته موروث عنه ؛ لأنه مات بعد ثبوته له واستحقاقه إياه ، وهو قول الرواة آخر الباب ، وظاهر ألاَّ فرق بين أن يتولوا العمل أم لا .

وسبب الخلاف : اختلافهم في الثمرة بماذا تكون غلة ؛ وقد اختلف فيها المذهب على ثلاثة أقوال كلها قائمة من « المدونة » :

أحدها : إنها تكون غلة بالإبار .

وهو قول المدنيين في كتاب الشفعة من المدونة ، وهو قول الرواة في كتاب الحبس .

والثاني : إنها تكون غلة بالطيب ، وهو قوله في كتاب الحبس من المدونة.

والثالث : إنها لا تكون غلة إلا بالقسمة ، وهو ظاهر قوله في « كتاب الوصايا الثاني » من « المدونة » :إذا حبس ثمرة [حائطه] [2] على رجل وولده ، فقال فيه : إذا حضرت الغلة إنما ذلك لمن حضر القسمة ؛ [فقد

---

(١) في أ : الكتب .

(٢) في أ : لحائطه .

بين] [١] أنها إنما تكون غلة بالقسمة ، ومن مات قبل ذلك فلا شيء له ، وإن مات بعد طيب الثمرة ، فلا يورث عنه سهمه ، ومن ولد قبل القسمة دخل فيها .

ومثله لعبد الملك بن الماجشون في « واضحة ابن حبيب » ، ولابن كنانة في « المجموعة » ، وقد [نَبَّه] [٢] ابن أبي زمنين على هذا الظاهر قال : ويحتمل أيضًا أن يكون معنى قوله :« حضرت الغلة » أي : طابت ، ونظر في قسمتها ، وإنما تعاينت لبيان هذا الاستقراء ؛ لأني رأيت أكثر شيوخ المتأخرين في كتبهم حكوا إجماع المذهب في هذا الفصل أنها تكن غلة بالطيب ، وإن مات من المحبس عليهم [أحد] [٣] فسهمه موروث عنه بلا خلاف ، وأين هم عما استخرجناه من « الكتاب » ، واستشهدنا عليه بما هو مسطور في الأمهات ، والتوفيق بيد الله يؤتيه من يشاء .

وعلى القول بأنها لا تكون غلة بالإبار ، أو الطيب إذا مات أحدهم ـ وقد تقدم ـ له فيها نفقة ؛ فلا خلاف أن لورثة الميت الرجوع بالنفقة ؛ لأن أصحابه قد انتفعوا بنفقته فيما عمل معهم .

واختلف المتأخرون هل الرجوع بالأقل مما أنفق أو بما ينوبه من الثمرة أو إنما يرجع [عليهم] [٤] بقيمة النفقة نقدًا .

وفائدة الخلاف وثمرته : إذا اجتيحت الثمرة هل تسقط المطالبة [أم لا ؟ فمن قال : يرجع بالأقل قال تسقط المطالبة] [٥] وهو ظاهر « المدونة » في

---

(١) سقط من أ .
(٢) في أ : بين .
(٣) سقط من أ.
(٤) سقط من أ .
(٥) سقط من أ .

غير ما موضع فيمن سقى وعالج على وجه الشبهة ؟

وعلى القول بأن ذلك على بقية الأصحاب [نقدًا] [1] فلا تسقط المطالبة ،وهو ظاهر المدونة ، ويكون ذلك دينًا لزمهم ، وهو ضعيف .

ولو كانت الثمرة محبسة عليهم حياة المحبس ، فمات وفيها ثمرة ، فهي للمحبس عليهم .

وإن أبرت ، فعلى الخلاف الذي قدمناه حرفًا حرفًا .

تم الكتاب بحمد الله وعونه ، وصلى الله على سيدنا محمد خير خلقه [ق/ ٢/٢١٦ ـ أ].

(١) سقط من أ .



كتاب الصدقة والهبة

كتاب الصدقة والهبة

تحصيل مشكلات هذا الكتاب ، وجملتها أربع مسائل :

المسألة الأولى

في جواز الهبة ، والصدقة ، وافتقارها إلى الحوز

أما الحوز : فلا خلاف بين العلماء في جواز الهبة ، والصدقة [التي][1] لغير ثواب ، وإن اختلفوا في بعض أحكامهما .

وأما افتقارهما إلى الحوز ، فلا خلاف في مذهب مالك أنها تلزم بالقول ، ومن تمامهما القبض ، والحوز عنده من تمام الهبة لا من شروط صحتها .

والحوز يختلف باختلاف الشيء المحاز ؛ على ما سنفصله ، ونحصله تحصيلاً لم يسبق إليه ؛ فنقول ـ وبالله التوفيق : لا يخلو الواهب من أربعة أوجه :

أحدها : أن يهب ما في حوز غيره .

والثاني : أن يهب ما في ملكه وتحت يده .

والثالث : أن يهب ما في حوز الموهوب له .

والرابع : أن يهب له ما في ذمته ، أو في ذمة غيره .

فأما الوجه الأول : إذا وهبه ما في حوز غيره ، فلا يخلو من أن يعلم ذلك الموهوب له ، أو لم يعلم .

فإن علم بذلك ، فلا يخلو من هو في حوزه من أن يقبضه على معنى

(١) سقط من أ .

اقتطاع ملك مالكه ، أو على غير اقتطاع الملك .

فإن قبضه على معنى اقتطاع ملك الغاصب ، هل يكون حوزه حوزًا للموهوب له أم لا ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أن حوزه له حوز ، وهو قول أشهب ، واختيار ابن المواز [ق/ ٢٢٠ب].

والثاني : أن حوزه لا يكون حوزًا للموهوب له ، وهو قول ابن القاسم، ورواه ابن حبيب عن أصبغ أيضًا

ووجه قول أشهب : أن الغاصب لما كان ضامنًا لما غصبه بوضع يده عليه ؛ فصار ذلك كَدَيْن [عليه] [١] فيجوز بالإشهاد ؛ إذ هو غاية المقدور.

ووجه قول ابن القاسم : أن يد الغاصب مانعة للشيء الموهوب ، فلم تصح فيه الحيازة للموهوب له كما لو كان تحت يد الواهب .

فإن كان قبضه إياه على غير اقتطاع الملك ، فلا يخلو من أن يقبضه لمنفعة مالكه على الخصوص أو يقبضه لمنفعة يستوفيها منه .

فإن قبضه لمنفعة مالكه على الخصوص كالوديعة ، هل يكون حوز المودع حوزًا للموهوب له أم لا ؟

فلا يخلو من أن يعلم [المودع] [٢] بذلك أو لم يعلم .

فإن علم بالهبة ، فحوزه حوز الموهوب له قولاً واحدًا في المذهب .

وإن لم يعلم ففيه قولان :

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

أحدهما : أن حوزه لا يكون حوزاً له ، وهو قول ابن القاسم .

والثاني : أن حوزه له حوز ، وهو قول [الغير] (١) .

فإن قبضه لمنفعة يستوفيها منه ، فلا يخلو من أن تكون مما يستوفيه من عينه أو تكون مما يستوفيه من منافعه .

فإن كانت مما يستوفيه من عينه على وجه كالرهن ، هل يكون حوز المرتهن حوزاً له أم لا ؟

فالمذهب على ثلاثة أقوال كلها قائمة من المدونة :

أحدها : أن حوزه له حوز .

والثانى : أن حوزه لا يكون حوزاً له [جملة] (٢) .

والثالث : التفصيل بين أن يعلم بذلك المرتهن ؛ فيكون حوزه حوزاً للموهوب له ، أو لا يعلم ؛ فلا يكون حوزه له حوزاً .

والأقوال الثلاثة قائمة من « المدونة » من « كتاب الرهون » ،و «كتاب الهبة » .

فإن كانت مما يستوفيها من منافعه مع بقاء عينه، فلا يخلو من أن يكون ذلك بِعِوَض أو بغير عِوَض .

فإن كان ذلك بِعِوَض كالإجارة ، فالمذهب فيها على قولين :

أحدهما : أن حوز المستأجر لا يكون حوزاً للموهوب [له] (٣) ،وهو قول ابن القاسم .

---

(١) في ب : غيره .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

والثاني : أن حوزه له حوز ، وهو قول أشهب .

وهذا كله إذا لم يهب له الإجارة مع الرقبة .

وأما لو وهبها معها لكان كالعارية ، وسيأتي الكلام عليها .

ووجه قول ابن القاسم [أن الإجارة] (١) لما كان الواهب هو المستوفي لكراء المنافع ، فكأن يده باقية على المنافع ، فلم يجز ذلك الموهوب ؛ لبقاء يد الواهب على المنافع التي هي المقصود من الأعيان .

ووجه قول أشهب : أن يد الواهب لما ارتفعت عن الشيء الموهوب ملكًا وحوزًا كان حوز المستأجر حوزًا للموهوب له .

فإن كان ذلك بغير عوض كالمخدم ، والعارية ، فالمذهب فيه على أربعة أقوال :

أحدها :أن حيازة المخدم ، والمستعير حوز للموهوب له جملة بلا تفصيل ، وهو قول ابن القاسم .

والثاني : أن حوزه ليس بحوز له جملة .وهذا أحد الأقاويل في رهن فضلة الرهن .

والثالث : التفصيل بين أن يعلم الحائز بالهبة ، أو لا يعلم ؛ فإن علم بذلك ورضى أن يجوز للموهوب له ، [فحوزه له جائز] (٢) ، وإن لم يعلم بالهبة ، فلا يجوز حوزهما له ، وهو قول ابن القاسم في المودع ، وأحد القولين في رهن فضلة الرهن في « كتاب الرهون » من « المدونة ».

والرابع : التفصيل بين أن تقدم الخدمة ، والعارية على الهبة ثم لا

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

يكون حوزهما حوزًا له ، فإن تأخرت الخدمة عن الهبة ، أو كان ذلك كله في مرة واحدة ، فحوزهما حوز للموهوب له ، وهو قول ابن الماجشون .

فإن لم يعلم الموهوب له بالهبة حتى مات الواهب هل يكون حوزه من ذلك الشيء بيده حوزًا أو لا ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنه حوز ، وهو قول أشهب .

[**والثاني** : أنه لا يكون حوزه حوزًا ، وهو قول ابن القاسم . وقول أشهب] (١) مثل قول مالك في « المدونة » في الذي وهب لغائب ،وبعث ذلك إليه ،وأشهد ثم مات الواهب قبل الوصول .

وأما الوجه الثاني : إذا وهب له ما في ملكه ، وتحت يده فلا يخلو من وجهين :

أحدهما : أن [تكون] (٢) الهبة حاضرة مع الموهوب له ، أو غائبة عنه .

فإن كانت حاضرة ، فلا يخلو من أن تكون مما لا ينقل ،ولا يحول كالأرضين ،والأصول الثابتة ، أو يكون مما ينقل ويحول ، كالعروض والحيوان ، [فإن كانت مما لا ينقل ، ولا يحول كالأرضين والأصول الثابتة، فأما الأرضون ، فإنها على ضربين :

أحدهما : أن تكون من الأرض التي لا عمل فيها .

والثاني : أن تكون من أرض [الزراعة] (٣) والعمل .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) في أ : الزرع .

فأما الضرب الأول : فإن الإشهاد فيه على قبول الموهوب له ، ورضاه بهبته ، والمشي إليها ، والوقوف على حدودها يقوم مقام الحيازة ،ويكتفي به كالدَّين على السواء ، وذلك غاية المقدور عليه ، وهو قول أصبغ في «كتاب ابن حبيب » .

وأما الضرب الثاني : إذا كانت من أرض العمل ، فلا يخلو من أن يكون ذلك في إبان العمل ، أو قبل إبانه .

فإن كانت الهبة في إبان العمل ، فلا يخلو الموهوب له من أن يتمكن من عمله ، أو لا يتمكن منه .

فإن تمكن من عمله ، وترك القبض والحوز حتى مرض الواهب ، أو مات ، أو فلس .

فأما الموت والتفليس : فإن ذلك مما يبطل الهبة قولاً واحدًا في المذهب.

وأما المرض ، فهل يمنع الموهوب له من قبضها وحوزها أم لا ؟

فالمذهب على ثلاثة أقوال :

أحدها : أن [المرض] [1] يمنعه من حوزها وقبضها ، وهو قول ابن القاسم في المدونة.

والثاني : أن المرض لا يمنعه من قبضها إذا طلب ذلك ، ويقضي له [بأخذها] [2] من الثلث إذا حمله ، وإلى هذا القول أشار ابن المواز في كتابه ، ويظهر من قول أشهب أيضًا ؛ لأنه قال: يقضي له الآن بثلثها ، وهو القول الثالث ، وقال : لا أرى قول من قال : يحوز كلها من الثلث ،

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : بقبضها .

ولا قول من أبطل جميعها .

واتفقوا على أنه إذا صح من مرضه أن الموهوب له يمكن من قبض هبته، ولا فرق بين أن يكون الموهوب [له] (١) وارثًا أو غير وارث .

وسبب الخلاف :قوة التهمة وضعفها ؛ فمن راعى قوة التهمة منع من القبض ، كما يمنع منه في الموت والمرض من أسباب الموت ؛ إذ لو جاز ذلك لو شاء أن ينتفع بماله حتى يمرض فيعريه عن وارثه ،ويقول : تصدقت بكذا، أو وهبت كذا ؛ فمنع ذلك سدًا للذريعة .

ومن ضعف التهمة في ذلك قال بخروج جميع الهبة من الثلث ، كما ولو وهب ساعتئذ ؛ إذ له التصرف في ثلث ماله ، وهو قول أشهب [ذهب إليه] (٢) استحسانًا ، وتوسطًا بين القولين .

فإن لم يتمكن من قبضها ، والعمل فيها ، فلا يخلو من أن يكون المانع من قبله أو من قبل الواهب .

فإن كان المانع من قبله ، فلا يخلو من أن يكون عجز عن آلة الخدمة مع قدرته على أن يساقي غيره أو يكري منه ، أو يعجز عن الآلة ، والخدمة، وعن الكراء ،والمساقاة .

فإن كان عجزه عن العمل ، وعن آلة الخدمة ، أو كان قادرًا على العمل، وعجز عن الآلة ، فإنه يكري أو يساقي ، أو يرفق [غيره] (٣) ويتم له الحوز.

فإن لم يفعل شيئًا من ذلك حتى مات الواهب أو فلس ، فالهبة باطلة.

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

فإن عجز عن العمل والآلة وعن جميع ما ذكرنا بكل وجه ، فإن الهبة ها هنا ماضية ، والإشهاد في ذلك يجزئ ، ولو قامت أعوامًا كهبة الديون ما لم ينتفع بها الواهب ، وهي رواية يحيى بن يحيى عن ابن القاسم ،وبه قال أصبغ .

فإن كان المنع من قبل الواهب ، فلا يخلو الشيء الموهوب من أن يكون قائمًا بيده أو أخرجه من يده.

فإن كان قائمًا بيده كان للموهوب له مخاصمته ، ومطالبته ،والسعي في التمكين ، والقبض جهده .

فإن أثبت على الواهب ، هل يكون الحكم كالقبض والحوز أم لا ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنه كالحوز ، وللموهوب له قبضها بعد موت الواهب ، وهو قول مطرف ، وأصبغ .

والثاني : أن الحكم لا يكون حوزًا ، وأنه إن مات قبل أن يقبضها الموهوب له ، فلا حق له فيها ، وهو قول ابن الماجشون في «الواضحة » .

فإن أخرجها من يده ، فلا يخلو من أن يخرجها بعوض أو بغير عِوَض.

فإن كان ذلك بعوض مثل أن يبيعها ، أو يخرجها بغير عوض مثل أن يهب للثاني أو يعتق إن كان عبدًا ، فقد قدمنا الكلام عليه في مسألة مفردة في « كتاب العتق الثاني » بما لا مزيد عليه ها هنا .

وأما الدُّور فلا يخلو الواهب من أن يكون فيها ساكن أو غير ساكن .

فإن كان فيها ساكنًا ، فإنه يؤمر بالخروج منها وتفريغها للموهوب له .

فإن سكن البعض ، وحوز البعض ، فالهبة صحيحة فيما حازه اتفاقًا قليلاً كان أو كثيرًا ، ويبطل فيما سكن ، وسواء سكن فيها باكتراء أو [إرفاق] (١) أو إعمار وأيّ وجه كان ، فإن ذلك يمنع الحيازة ؛ إذ لا يصح فيها قبض ، ولا حيازة مع سكنى الواهب لها إلا أن يكون الواهب زوجة الموهوب له ، فتمادت على السكنى مع زوجها فيها ، فإن ذلك لا يمنع صحة الحيازة ؛ لأن السكنى على الزوج .

فلو كان الزوج هو الواهب لزوجته دار سكناهما ، فسكنها معها لمنع ذلك صحة الحوز ؛ لبقاء يد الواهب على الهبة وانتفاعه بها .

وهذا كله قول ابن القاسم [ق/٢١٧/٢ ـ أ] في « العتبية » ، فإن كان الواهب ساكنًا فيها ، أو في غيرها ففرغها ، ومكن الموهوب له من حوزها، فإن فعل فيها ما يدل على الحوز صحت له الهبة ؛ مثل أن يسكن فيها أو يكريها من [غيره] (٢) أو يسكن فيها من شاء بأيّ وجه شاء ، أو أخذ مفاتيحها ، وأغلقها ؛ فإن ذلك حيازة تصح بها الهبة للموهوب في حياة الواهب ، وصحته ، ولو لم يعمل فيها عملاً ،ولا أذن إليها بوجه ، وتركها مهملة غير مغلقة ، ولا انتفع بها بوجه من الوجوه حتى مات الواهب أو مرض لكان حكمها حكم الأرض التي لم يزرعها في إبان زراعتها حتى مرض الواهب أو مات ، فإن الهبة فيها باطلة .

فإن حازها الموهوب له ثم رجع إليها الواهب ،فسكنها حتى مات فيها، فذلك يختلف .

فإن كان سكناه إياها على وجه الاستخفاء مثل أن يخاف من سلطان أو من غريمه ، فيختفي عنده فمرض فيها ، ومات ، فإن ذلك لا يبطل الحيازة

---

(١) في أ : ارتفاع .

(٢) في أ : غيرها .

ـ قرب الزمان أو بعد ـ وإن كان بعد حيازة الموهوب له بيوم ؛ لأن هذا ليس بسكنى على الحقيقة ، وهو قول مطرف ، وابن الماجشون في « الواضحة»، وقاله ابن المواز .

فإن كان سكناه إياها علـى وجه السكنى [باكتراء] [١] أو إرفاق ، فلا يخلو من أن يرجع إليها بعد المدة القريبة أو بعد طول مدة .

فإن رجع إليها بعد قرب المدة ، فالهبة باطلة باتفاق المذهب .

فإن رجع إليها بعد طول المدة كالسنة ،ونحوها وسكنها حتى مات فيها، فالمذهب على قولين :

أحدهـما : أن ذلك لا [يبطل] [٢] الهبة ، وهذا القول رواه ابن المواز عن مالك في كتابه .

والـثانـي : أن الهبة باطلة ، وهي رواية ابـن حبيب عن مطرف ، وابن الماجشون في « الواضحة » .

ووجه قول ابن المواز : أن الموهوب له لما كان مالكًا أمره ، وحاز لنفسه حيازة بينة مدة تنتفي فيها التهمة وصحت له الهبة ؛ فلا يضره ما حدث بعد ذلك من سكنى الواهب بأمر الموهوب له كما لو أسكن فيها غيره .

ووجه القول الـثاني :أن رجوع الواهب فيها ، وسكـناه فيها حتى مات يبطل الحيازة.

أصل ذلك إذا كان الموهوب له صغـيرًا ، أو حاز له أبوه ما وهب له ، ثم رجع الأب إلـيها قبـل بلوغ الصغـير ورشده ، فسكـن فيها حـتى مات [فإن][٣] ذلك يبطل الهبة باتفاق المذهب .

---

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : ينقل .

(٣) في أ : أن .

وأما الأصول الثابتة في الأرض كالنخيل وغيرها ، فلا تخلو من ثلاثة أوجه :

أحدها : أن يهب الأصل دون الثمرة.

والثاني : أن يهب الثمرة دون الأصل [ق/ ٢٢١ب] .

والثالث : أن يهب النخل هبة مطلقة.

فإن وهب الأصل ، واستثنى ثمره عشر سنين ، فالهبة صحيحة ، والثمرة للواهب كالبيع ، وحوز الموهوب له قبض النخل ، والسقي ، والعلاج في مال الواهب ، ويكون الموهوب له هو المتولي لذلك إما بنفسه، أو بأجير يستأجره .

ولو كان الواهب هو المتولي للسقي والعلاج حتى فلس أو مرض لبطلت الهبة ، وسواء كان فيها [الثمرة] (١) في حين الهبة أم لا .

فإن وهب الثمرة دون الأصل في عام أو أعوام ، فإن ذلك جائز من غير اعتبار بحال الثمرة إن كانت موجودة في حين الهبة أو غير موجودة ؛ لأن [هبة] (٢) الغرر والمعدوم الذي يصح وجوده عندنا جائزة ، وحوزها أن يقبض الأصول ويحوزها ، ويمنع الواهب من التصرف فيها .

فإن وهب الأصول هبة مطلقة ، وفيها ثمرة مأبورة أو غير مأبورة ، فإن كانت مأبورة ،فهي للواهب كالبيع ، وإن كانت غير مأبورة أو لا ثمر فيها أصلاً ، فهي للموهوب له بغير شرط .

فإن تصرف الموهوب له في الهبة قبل القبض بما لا يتصرف فيه إلا

---

(١) في أ : الثمر .

(٢) سقط من أ.

المالكون ؛ مثل أن يبيعها [قبل أن] [(١)] يقبضها من الموهوب له ،فلم يقبضها المشتري حتى مات الواهب ،هل يكون [للبائع] [(٢)] حيازة ، ويمكن المشتري من قبضها أم لا ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أن البيع حوز ، وهو قول مطرف ، وابن الماجشون .

والثاني : أن البيع ليس بحوز ، وهو قول أصبغ .

والأشبه أن ذلك حوز ؛ لأن يد الموهوب له ارتفعت ، وقابض الهبة ها هنا من الواهب إنما هو مشترٍ غير محتاج إلى حيازة.

ولو وهبها الموهوب له قبل القبض ، ثم مات الواهب قبل أن يقبضها الموهوب الثاني ، هل تكون الهبة حوز أم لا ؟ على قولين :

أحدهما : أن الهبة حوز ، وهذا القول رواه ابن حبيب عن مالك.

والثاني : أنها لا تكون حوزًا ، وهو قول ابن القاسم ، ومطرف ، وابن الماجشون ، وهو الأظهر ؛ لأن الهبة لا تستغني عن الحيازة في نفسها ، فلم يعين غيرها من الهبات.

وأما الوجه الثاني : إذا كانت الهبة مما ينقل ،ويتحول كالعبيد ، والحيوان، وسائر العروض ، فوجه الحيازة في ذلك أن يقبضه [الموهوب له][(٣)] من يد الواهب ،ويمنعه من استعماله ،والانتفاع به ، ويستبد الموهوب له بجميع منافعه ،واستعماله ، واستخدامه إن كان عبدًا ، أو أمة ، فمهما شاركه الواهب في الاستعمال بطل الحوز بلا خلاف إلا إذا تقررت الحيازة ،

---

(١) في أ : أو .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

واستمر الملك للموهوب له ، فلا يضره خدمته للواهب كما قلنا في سكنى الدار ، إلا في وجه واحد ، فإن المذهب [اختلف] [١] فيه بالجواز ، والكراهة ؛ وهو رجل تصدق على زوجته بخادم ،وهي معه في البيت يخدمها كخدمتها بحال ما كانت قبل الهبة ، أو وهبت هي له خادمها أو متاعًا من البيت ، فأقام ذلك على حاله بأيديهما : فروى ابن القاسم عن مالك أن ذلك جائز ، وهو قوله في « العتبية » و« الموازية » ، وروى عنه أشهب في الكتابين إذا أشهد لها بالخادم ،فتكون عندهما على الصفة الأولى، أو أشهدت له بخادمها كذلك ، فذلك جائز مع الكراهة في ذلك .

وأما الوجه الثاني : إذا كانت [الهبة] [٢] غائبة ، أو كان الواهب ، والموهوب له غائبًا .

فإن كانت الهبة غائبة ، فلم يقبضها الموهوب له حتى [مات] [٣] الواهب ، فلا يخلو من أن يهب لابنه الصغير ، أو الكبير ، أو أجنبي .

فإن وهب للصغير ،فالجواز اتفاقًا .

وإن وهب للكبير أو لأجنبي ، فالمذهب على أربعة أقوال :

أحدها : أن الهبة باطلة فرط الموهوب له في الخروج أو لم يفرط ، وهو قول ابن القاسم في « العتبية » و« الموازية » .

والثاني : أنه إذا خرج لقبضها ، فالهبة جائزة له سواء فرط أو لم يفرط، قبضها بعد موت الواهب أو قبله،وهو ظاهر قول ابن عبد الحكم في

---

(١) سقط من أ .

(٢) في ب : الصدقة .

(٣) في أ : يأتي .

العتبية ؛ لأنه حكى عن مالك فيمن تصدق على ابنه البالغ [بدار] [١] في غير بلده ، وأمر من يحوزها له ، فمات الأب قبل أن تحاز أنها جائزة ؛بل ظاهر كلامه أن الهبة جائزة له إذا أمر له بحوزها ،وإن مات قبل أن يخرج.

والثالث : التفصيل بين أن يفرط في الخروج ، فلا تصح له الهبة ، أو لا يفرط ، فيصح له قبضها قبل موت الواهب أو بعد أن علم بموته ، أو لم يعلم ،وهو على التفريط حتى يثبت أنه لم يفرط ، وهو قول ابن الماجشون، وابن كنانة في « العتبية » ، و« الواضحة » ،وهو أحد قولي مالك .

والرابع : التفصيل بين أن يقبض ،وقد علم بموت الواهب ، وقد بادر بالخروج ، ولم يفرط فتبطل الهبة ، وإن قبضها بعد موت الواهب بأيام ، ولم يعلم بموته إلا بعد القبض ، فإن الهبة صحيحة جائزة له ، وهو استحسان مطرف على ما حكاه عنه ابن حبيب .

فلو تصدق عليه بعبده الآبق ، فخرج في طلبه ، فلم يجده إلا بعد موت المتصدق كان فيه قولان :

أحدهما : أن الصدقة نافذة ؛ لأنه لم يكن بيد المعطي ، فالإشهاد فيه ، وطلب المعطي إياه كالحوز ،وكالدين ، وهو قول عبد الملك في «الواضحة».

والثاني : أن الصدقة باطلة ، وهو قول ابن القاسم في الأرض ،والدار الغائبة .

فإن كان الموهوب له غائبًا ، فمات الواهب قبل وصول الهبة إلى الموهوب له ، فهل تنفذ له الهبة أم لا ؟

فلا يخلو من أن يشهد على ذلك أو لم يشهد .

فإن شهد على ذلك ، هل يصح للموهوب له أم لا ؟

---

(١) سقط من أ.

فالمذهب على قولين:

أحدهما : أن الهبة له نافذة ، وهو قول ابن القاسم في « المدونة » في الذي بعثه لرجل ، ثم مات الباعث قبل وصولها إلى المبعوث ، وهو قوله فيما يشتري من الهدايا من الحج وغيره لأهله وأولاده .

والثاني : أن ذلك باطل إذا مات الواهب قبل الحيازة ، وهو قول ابن القاسم في « العتبية » ، وإن شهد على ذلك .

وسبب الخلاف : الإشهاد ،وعدم التفريط هل يقوم مقام الحوز مع تعذر الحوز أم لا ؛ قال مالك في « العتبية » فيمن تصدق في سفره على امرأته وابنته ، وليسوا معه بعبد ، والعبد يخدمه ، ومات السيد قبل أن يخدم ، فإن أشهد على الإنفاذ من يعرف المرأة والابنة ، فذلك نافذ ، وإن أشهد هكذا من لا يعرفهما ؛ فلا أدري ما [هكذا] [1] فانظر قوله من يعرفهما ما فائدته؟

فإن لم يشهد على ذلك ،وإنما كان يذكر للعدول عند الشراء من غير أن يقول لهما : اشهدوا علي بذلك ، ففيه قولان :

أحدهما : أنه يرجع لورثة الواهب ، ولا شيء فيه للموهوب له ، وهي رواية أشهب عن مالك في « الموازية ».

والثاني : أن الهبة نافذة للموهوب له ، وهو قول ابن القاسم فيما حكاه عنه ابن عبد الحكم في « الموازية » في الذي قال :ادفعا ذلك إلى فلان ؛ فإني وهبته ذلك فهي شهادة ،وإن لم يقل : اشهدوا علي ، وهو ظاهر المدونة من غير ما موضع .

---

(١) في أ : هذا .

فإن مات الموهوب له قبل وصول الهبة إليه [ق/٢١٨/٢ ـ أ]، هل يكون ميراثًا لورثة الواهب أو لورثته الموهوب له ؟

فالمذهب على قولين قائمين من « المدونة » :

أحدهما : أن ذلك يرجع إلى ورثة الواهب ، وهو نص ابن القاسم في « المدونة » .

والثاني : [أنه] [1] يرجع إلى ورثة الموهوب له ، وهو قوله في غير [المدونة من] [2] غير ما موضع أن ورثة الموهوب له ، والموصى له يقوم مقام [موروثه] [3] . وهو نص قوله في كتاب ابن المواز .

وقد اختلف أصحابنا المتأخرون في تأويل ما وقع في المدونة ، فمنهم من قال : إن ذلك اختلاف قول لخروجه [عن] [4] القانون المستقر ، والمنهاج المستمر .

ومنهم من قال : إن ذلك اختلاف حال ؛ مثل أن يقول الواهب : إنما تصدقت بها صلة للمبعوث إليه بعينه إن وجد حيًا فيصدق ؛ إذ لا يلزمه إلا ما أقر به من معروفه.

ومنهم من قال : إن ذلك اختلاف سؤال ، وإن الفرق بين المسألتين أن الغائب في هذه المسألة لم [يحصل] [5] منه قبول ،فيخرج من هذا أن عدم القبول [يفسد] [6] الهبة ،ويبطلها ، وإن كان الواهب حيًا .

---

(١) في أ : أن .
(٢) سقط من أ .
(٣) في أ : موروثهم .
(٤) في أ : من .
(٥) في أ : يصح .
(٦) في ب : بعد .

وأما الوجه الثالث من أصل التقسيم : إذا وهبه ما في حوز الموهوب له : فلا يخلو ما في يده من أن يكون قبضه لمنفعة الواهب خصوصًا ، أو لمنفعة القابض .

فإن قبضه لمنفعة الواهب خصوصًا كالوديعة ، فلا يخلو من أن يقبل المودع الهبة أم لا .

فإن قال : قد قبلت ، فالهبة نافذة اتفاقًا .

فإن لم يقل : قبلت ، حتى مات الواهب ، هل يكون قبضه حوزاً للهبة أم لا ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أن ذلك لا يكون حوزاً إلا بمقارنة القبول نطقًا ، وهو قول ابن القاسم .

والثاني : أن ذلك حوز لها ، وهو قول غيره .

والقولان في « المدونة » في « كتاب الهبة » .

فعلى قول ابن القاسم أن الهبة تفتقر إلى المبادرة بالقبول على الفور ، فإن افترقا قبل أن يقبل فلا قبول له بعد ذلك كالبيع الذي يفتقر إلى الإيجاب ،والقبول [على] [1] الفور .

فإن قبضه لمنفعة نفسه خصوصًا كالمخدم ، والعادية ، فإن قبضه حوزاً له ؛ لأنه يستخدم ومال الرقبة له .

واختلف في الإجارة على قولين :

وأما الوجه الرابع : إذا وهبه ما في ذمته أو ما في ذمة غيره من الديون، وأرش الجنايات ، فما كان له ذكر حق ، فحوزه قبض الذكر الحق ، وما ليس فيه ذكر الحق ، فحوزه القبول والإشهاد ، وذلك غاية المقدور ، ولا خلاف ـ أعلمه ـ في المذهب في هذا الوجه [والحمد لله وحده].

---

(١) في أ : في .

المسألة الثانية
في هبة الأب لابنه الصغير وحوزه له

ولا تخلو الهبة من أن تكون مما لا يحول ولا ينقل ، أو تكون مما ينقل ويحول .

فإن كانت مما لا ينقل ولا يحول كالدور ، والأرضين ، فلا يخلو الأب من أن يتولى حوز ذلك لنفسه أو جعله بيد من يحوزه .

فإن تولى الأب حوزه لنفسه ، فلا تخلو الهبة من أن تكون خالصة لابنه ، أو تكون مشاعة .

فإن كانت مشاعة ، فلا تخلو من أن تكون مشاعة بينه ،وبين الأب ، أو تكون مشاعة بينه ،وبين الموهوب له آخر من أخ كبير ،أو أجنبي .

فإن كانت الهبة مشاعة بينه وبين غيره من أخ كبير أو أجنبي ، فلا تخلو من أن تحاز جميع الهبة عن الأب ، أو بقيت في يده .

فإن حيزت عنه ، وصارت في حوز الكبير من أخ أو أجنبي ،فالهبة نافذة للصغير وغيره قولاً واحداً.

وإن بقيت في يد الأب ، فالحوز في حق الكبير باطل .

وهل يصح في [حق] [1] الابن الصغير أم لا ؟

فالمذهب على قولين قائمين من « المدونة » :

أحدهما : أن الهبة باطلة في حق الصغير ، والكبير ، وهو قول ابن القاسم في « الكتاب » .

---

(١) في ب : حوز .

والثاني : أن الهبة جائزة في حق الصغير بحوز الأب له ،وباطلة في حق الكبير لعدم الحوز ، وهي رواية عليّ بن زياد ، وابن نافع عن مالك .

والقولان منصوصان في « كتاب الهبة » من « المدونة » .

وينبني الخلاف : على الخلاف في هبة الجزء المشاع ؛ فمن جوزها قال بنفوذ سهم الصغير من الهبة ؛ لكونه في حوز الأب ،ويده على جميع الهبة، ومن منعها قال ببطلان الحوز في سهم الصغير ؛ لكون سهم الصغير غير متميز حتى يصح فيه حوز .

وهل الحبس كالهبة [ق/ ٢٢٢ب] [حوز] (١) سهم الصغير في أحد القولين أم لا ؟ على قولين :

أحدهما : أن الحبس كالهبة في جريان الخلاف في سهم الصغير .

الثاني : أن الحبس بخلاف الهبة [وأن الخلاف لا يدخل في الحبس](٢) .

وينبني الخلاف فيه : على الخلاف في الحبس ،هل تجوز فيه القسمة أم لا ؛فعلى القول بجواز قسمته صار كالهبة والصدقة ، وعلى القول بأن الحبس لا يقسم خالف الهبة ،والصدقة ؛ لأن الهبة والصدقة مملوكة الرقبة للموهوب له ، والحبس غير مملوك الرقبة ، وإنما تقسم غلته على المحبس عليهم .

والقولان في قسمة الحبس في « كتاب الحبس » [و« الهبة »] (٣) من «المدونة » ،وقد نص في « كتاب الهبة » : أن الحبس لا يقسم ، ولا يملك أصله .

---

(١) في أ :جواز .

(٢) سقط من أ .

(٣) في ب : والصدقة .

فإن كانت الهبــة مشاعة بينه ، وبين الأب مثل أن يــهب له الأب نصف داره أو نصف عبده ، فحاز ذلك الأب ،وصار بيده حتى مات قبل أن يبلغ الصغير ويرشد أو جعل الباقي للسبــيل ، فهل ينفذ من ذلك حق الصغير أم لا ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أن الهبة نافذة في حق الصغير ، وحوز الأب له حوز ؛ لأن يده على الجميع ، ولا يضره شياع ذلك مع غيره ، وهو قول ابن القاسم ، وأشهب في « الموازية » ، و« العتبية ».

والثاني : أن الهبة باطلة في حق الصغير ، والسبيل وهو قول أصبغ.

ووجـه القـول الأول : أن قبض الأب لا يؤثر فيه المـشاع ،وأنه صحيح كصحته في الشيء المنفرد .

ووجه القول الـثاني : أن قبضه الجزء المشاع لابــنه وباقيه له ، أو راجع إليه لا يصح ؛ لأنه لا يتميز ما يقبض لابنه مما أبقاه على ملكه .

وحكى القولين القاضي أبو محمد عبد الوهاب في « المعونة ».

فأما إن كانت الهــبة خالصة للابن ، مثل أن يهب له داراً بـعينها ، فلا يخلو الأب من أن يكون ساكنًا فيها ، أو في غيرها .

فإن كان ساكنًا في غيرها ، فالــهبة نافذة للابن بحوز الأب قولاً واحدًا في المذهب ، ويكتفي في ذلك بالإشــهاد على الهبة ، والإعلان بها ، وإن كان الأب يــحرث [الأرض] [1] ويستعمل غيرهــا ، وهو قول ابن القاسم وغيره مــن أصحاب مالك ، كـما قال عثـمان بن عفان ـ رضـي الله عنه ـ

---

(١) في أ : الإرث

[حكاه عنه] (١) الحفيد في « كتاب النهاية ».

ولا يحتاج إلى الإشهاد وعلى [إبراز] (٢) الغلة برسم الولد ، فإن فعل ذلك فهو أحسن ، وإن لم يفعل ، فلا حرج.

ولا فرق في ذلك بين الدار وغيرها في جميع ما يصح فيه حوز الأب لابنه الصغير .

فإن كان الأب فيها ساكنًا حتى مات ، فلا يخلو من أن تكون سكناه في جميع الهبة أو بعضها .

فإن سكن في جميع الدار وأشغل جميع أرجائها لحق نفسه ، فالهبة باطلة قولاً واحدًا.

فإن سكن في بعضها ، وحاز البعض للولد .

فإن سكن النصف ، وحاز النصف بطل ما سكن ، وصح ما لم يسكن، ولم أر في هذا الوجه نص خلاف .

وإن سكن الأكثر وحاز الأقل أو سكن الأقل وحاز الأكثر ؛ فأما الأكثر فلا خلاف أنه يمضي إن حيز، ويبطل إذا لم يحز ، واختلف في القليل على ثلاثة أقوال :

أحدها : أن الأقل تبع للأكثر في الحبس والصدقة ، وهو قول ابن القاسم ، وأشهب .

والثاني : أن الأقل له حكم نفسه ؛ فيصح إن حيز ، وإن قلّ ويبطل الباقي ، وإن سكنه بطل ، ويصح الأكثر المحاز ، ولا فرق بين الصدقة والحبس .

---

(١) في أ : حتى عند .

(٢) في أ : إقرار .

والثالث : التفصيل بين الصدقة والحبس ، فالأقل تبع للأكثر في الحبس، وأما في الصدقة فالأقل معتبر في نفسه ، وهو قول عبد الملك .

وسبب الخلاف : [اختلافهم] [١] في الأتباع هل تراعى أم لا تراعى ؛ فمن راعاها أعطاها حكم نفسها ، ومن لم يراعها أعطاها حكم المتبوع .

فأما إن جعل ذلك الأب بيد من يحوزه للولد إلى أن يبلغ مبلغًا يحوز فيه لنفسه ، ورفع يده عن الهبة ومكنها من الحائز ، فذلك جائز باتفاق المذهب ، وهو الأحسن من كونها بيد الأب ؛ لأن ذلك موافق للأثر الوارد عن عمر ـ رضي الله عنه ـ في قوله : ما بال رجال ينحلون أولادهم ـ وفي رواية : أبناءهم ـ نحلاً ثم يمسكونها ،فإن مات ابن أحدهم قال : مالي بيدي لم أعطه أحدًا ، ولو مات هو قال : لأني قد كنت أعطيته إياه من نحل نحلته إياه .

فكان حمل هذا الأثر على عمومه أولى ، إلا أنا خصصناه بخبر عثمان ـ رضي الله عنه ـ ، وحملنا خبر عمر ـ رضي الله عنه ـ على ما لا يعرف بعينه، ولا يتمكن فيه حيازة الأب كالدنانير والدراهم ؛ على ما يأتي بيانه بعد هذا إن شاء الله.

فإن تصدق على أن يحوز ذلك غيره ، فأبقاها الأب في يده إلى أن مات ، فالهبة باطلة [لأنه لم يكل ذلك إلى حوزه ولا أخرجها من يده ، فإن جعلها في يد غيره ، ثم ارتجعها فلا يخلو من أن يشهد على ذلك أو لم يشهد ،فإن لم يشهد فالهبة باطلة] [٢].

وإن أشهد أني إنما ارتجعتها لأحوز لابني ،هل يجوز ذلك أم لا ؟

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أن ذلك له .

والثـاني : أنه ليس له ذلك إلا أن يظهر من الحائز ما يوجب إزالتها من يده .

وهذا الخلاف نقله التونسي.

وأما الوجه الثاني من أصل التقسيم [ق/ ٢٢٠/ ٢ ـ أ] : إذا كانت الهبة مما يحول وينقل : فلا يخلو من وجهين :

أحدهما : أن تكون مما يعرف بعد الغيبة.

والثاني : أن تكون مما لا يعرف بعد الغيبة عليه .

فأما ما يعرف بعـد الغيبة عليه كالحيوان ،والثـياب ،وسائر العروض ، فلا يخلو من أن يتصدق عليه منها بشيء بعينه ، أو يتصدق عليه منها بجزء أو بعدد غير معين .

فإن تصدق عليه بشيء بعينه ؛ مثل أن يـتصدق عليه بمائة شاة معينة من غنـمه أو بعـدد معين مـن جملة الـثياب ، والـرقيق ،وجـميع الحـيوان ، والعروض ، فالهبة في ذلك جائزة ، والحوز فيها [كالحوز] [1] في الدور والأرضين بالإشهاد ،والإعلان ، ولا يستعمل الأب شيئًا من ذلك لنفسه ، فإذا ركب الدواب ، ولبس الثياب بطلت الهبة ؛ لعدم الحوز لما ظهر أنه إنما يستعمل لنفسه ؛ إذ المراد من الثياب لبسها ،والدواب استعمال ظهورها.

فإن تصدق عليه بجزء مشاع أو بعـدد غير معين ؛ مثل أن يتصدق بربع غنمه أو ثيابه ، أو رقيقه ، أو بمائة غير معينة ، هل يجوز ذلك أم لا ؟

فالمذهب على قولين :

---

(١) سقط من أ.

أحدهما : الجواز كالمعين .

والثاني : المنع ؛ لتعذر حوز ما تصدق به [لشيوعه] (١) في جملة ما لم تقع فيه الصدقة .

والقولان عن مالك في « العتبية » ، و« الموازية » .

فأما ما لا يعرف بعد الغيبة عليه كالدنانير ،والدراهم ، والمكيل ، والموزون من المأكول ،وسائر العروض ؛ فأما الدنانير والدراهم ، فإنه يخرجها من يده ، ويجعلها على يدي غيره ؛ فبذلك يصح حوزها ، فإن لم يخرجها من يده ، وتولى هو حوزها حتى مات ، فلا يخلو من أن يختم عليها أو لا يختم .

فإن لم يختم عليها ، فالهبة باطلة قولاً واحدًا ، سواء عينها أم لا .

فإن ختم عليها بمحضر الشهود ، أو ختموا عليها الشهود أنفسهم ، فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنه باطل كما لو لم يختم عليها ، وهو قول مالك في «العتبية » ، وبه أخذ ابن القاسم ،والمصريون من أصحابه .

والثاني : أن العطية نافذة ، وبه أخذ مطرف ، وابن الماجشون ، والمدنيون من أصحاب مالك .

ووجه القول الأول :مراعاة أصلها كونها لا تتعين في العقود ، فلا تصح فيها الحيازة مع بقائها بيد المعطي كالتي لم يختم عليها .

ووجه القول الثاني : أنها وإن لم تتعين بالعقد، فإذا تميزت بالختم عليها صحت الحيازة فيها ، وهو الأظهر في النظر الصحيح .

---

(١) في أ: لإشاعته .

فإن استرجعها الأب من عند من وضعها على يده [فمات] (١) وهي في يده ، فلا يخلو من أن يكون لعذر أو لغير عذر.

فإن كان لعذر كسفر أراده ، فلا يخلو من أن يمضي لها مدة تكون في مثلها الحيازة أم لا .

فإن مضت مدة تكون في مثلها الحيازة ، فقبض الأب جائز .

وهل يجوز له الانتفاع بها أم لا ؟

فإنه يتخرج على قولين :

أحدهما : [جواز] (٢) الانتفاع [بها] (٣) ، وهو ظاهر قول ابن القاسم في « العتبية » : « كالدار تُحاز ببينة مدة سنة » ؛ فتشبيه ابن القاسم العين بالدار يفيد جواز الانتفاع بالعين بعد القبض ، ولا يبطل ذلك الهبة إن مات الأب .

والثاني : أن ذلك يبطل الهبة ، وهو ظاهر قول مالك في « الموازية » في الذي تصدق بمائة دينار على ابنه الصغير ، وجعلها بيد غيره ، ثم تسلفها الأب ، فمات أن ذلك باطل . وهو ظاهر قول مالك أن بطلان الهبة لأجل الانتفاع بها لا لأجل الارتجاع بدليل الدين ؛ لأنه قال فيما إذا وهب له دينًا في ذمة رجل ثم اقتضاه الأب أن ذلك لا يبطل الهبة .

فإن استرجعها قبل أن تمضي مدة تكون في مثلها الحيازة ، فإن وضعها على [يد] (٤) غيره ، فالهبة جائزة اتفاقًا ، فإن حبسها عند نفسه ، فإنه يتخرج على التفصيل ، والخلاف الذي قدمناه بين أن يختم عليها ، أو لا

---

(١) في ب : فهلك .
(٢) في أ : يجوز .
(٣) في أ : به .
(٤) في أ : يدي .

يختم .

فإن استرجعها لغير عذر ، فلا يخلو من أن يسترجعها لينتفع بها أم لا .

فإن استرجعها لينتفع بها ، وكان ذلك بعد مضي مدة تكون فيها حيازة، فإنه يتخرج على قولين :

فظاهر قول ابن القاسم الجواز .

وظاهر قول مالك المنع .

فإن استرجعها قبل مضي المدة ، فالهبة باطلة بالاسترجاع ، إذا مات وهي بيده قولا واحدًا .

واختلف إذا وهب له دينًا في ذمة غيره ثم اقتضاه الأب ، ولم ينتفع به، هل تبطل الهبة [أم لا] [١] ؟ على قولين :

أحدهما : أن الهبة جائزة ، ولا يبطلها قبضه ؛ لأنه لم يشترط في أصل الهبة حوز من عليه دين ، وهو قوله في « الموازية » .

والثاني : أن قبضه يبطل الهبة ، وهو قول أشهب ، وابن وهب في «العتبية » .

فأما المكيل والموزون من المأكول وغيره من سائر العروض ، فلا يخلو من أن يضعها على يد غيره أو وضعها عنده .

فإن وضعها على يد غيره ،فالهبة جائزة قولاً واحدًا .

وإن وضعها عند نفسه ، فلا يخلو من أن يكون قد ختم عليه أم لا .

فإن لم يختم عليه ، فلا خلاف في البطلان .

فإن ختم عليها ووضعها في موضع يمكن الإشهاد عليه ؛ لتمييزه من

---

(١) سقط من أ .

غيره، فقد اختلف أصحابنا في ذلك على قولين :

أحدهما : أنها كالدنانير والدراهم ، وأن الخلاف الجاري فيها يجري في المكيل والموزون.

والثاني : أن الخلاف لا يدخلها ، وأنها بعد التمييز ،والإشهاد عليها تكون كالعبد والثوب ، وهو قول أبي بكر الأبهري ،ويحتمل أن يكون الفرق بينهما على هذا القول أن الدنانير ،والدراهم لا تتعين في العقود ، والمكيل والموزون من الطعام وغيره ، فلا يتعين بالعقد ، لكونه مرادًا لعينه .

فإن باع الأب ما تصدق به من دار أو غيره ، هل ينتقض فيه البيع أم لا؟

فلا يخلو من أن يبيعه قبل الحوز [أو بعده ، فإن باعه قبل الحوز] (١) مثل أن تكون دارًا فباعها قبل أن يخرج منها ، فلا يخلو من أن يبيعها باسمه ، أو باسم ولده أو جهل الأمر .

فإن باعها باسمه ، فلا يخلو من أن يعثر على ذلك في حياته أو بعد مماته .

فإن عثر على ذلك في حياة الأب ، فالبيع مردود .

وإن لم يعثر على ذلك حتى مات الأب ، بطلت الهبة أو الصدقة.

فإن باعها باسم الابن أو جهل الأمر ، فالصدقة جائزة والبيع نافذ ، والثمن للابن سواء قبضه الأب أم لا . وهو قول أصبغ في « الواضحة ».

والذي قاله فيه نظر ؛ لأن الأب لا يخلو من أن يقبض الثمن أم لا.

فإن قبضه فكأنه تصدق بالعين ، والأب لا يحوز العين على ما قدمناه من التفصيل ،والتحصيل إلا على القول باعتبار الختم عليها [ق/ ٢٢٣ب]

(١) سقط من أ .

بالإشهاد ، ويقال : إنه لما باع صار كأنه تصدق بالدين الذي في الذِّمة ، فلا يضره أن يقبضه بعد ذلك على أحد القولين، وقد قدمناهما .

فإن لم يقبضه فيحمل على أنه تصدق عليه بدين في ذمة ، والذمة حائزة [لما] (١) فيها ، فإن باعها بعد الحوز ،وخروجه منها ، قال أصبغ : البيع مردود باع لنفسه أو لولده .

أما إذا باع لنفسه وباسمه ،فالحق كما قال ، وأما إذا باعها باسم الولد، فكيف يقول بانتقاض البيع ، اللهم إلا أن يرى أن تصرف الأب في ماله ابنه الصغير كتصرف الوصي في تعقب نظر الحاكم فعليهما، وقد اختلف المذهب على قولين :

أحدهما : أن فعل الأب ماض وبيعه [لربع] (٢) ابنه الصغير جائز ، ولا يتعقب فعله نظر ، وهو المشهور من المذهب بخلاف الوصي .

والثاني : أن تصرفه فيما له بال من مال ولده بالبيع كبيعه ذلك من غير حاجة كتصرف الوصي يتعقبه النظر ،وهو قول أصبغ في هذه المسألة ، وهو ظاهر قول مالك في « كتاب النكاح الأول » في وضع الأب من الصداق عند العقد وبعده [والحمد لله وحده](٣) .

---

(١) في أ : بما .
(٢) في أ : لرفع .
(٣) زيادة من ب .

المسألة الثالثة

في اعتصار الهبة ، ومن يجوز له أن يعتصر

ومعنى الاعتصار : الرجوع فيما وهب .

وقد اختلفوا في الجد والجدة ، هل يعتصران أم لا ؟ على قولين :

أحدهما : أن لهما الاعتصار كالأب ، وهو قول أشهب ، وابن عبد الحكم في « الموازية » .

والثاني : عدم الاعتصار لهما ، وهو قوله في الكتاب ، وهي رواية ابن وهب عن مالك في « الموازية » .

ولاخلاف في جوازه للأب على شروط سنذكرها ، لقوله ﷺ في حديث طاوس : « **لا يحل لواهب أن يرجع في هبته إلا الوالد** »(١) .

وهل يجوز قياس الأم على الأب أم لا ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أن الأم تقاس على الأب؛ فيجوز له الاعتصار ، وهو مشهور المذهب ، وهو قوله في « المدونة » .

والثاني : أنها لا تقاس على الأب ، وأنها لا يجوز لها الاعتصار ، وهي رواية عن مالك على ما نقله الحفيد في « كتاب النهاية » .

فإذا ثبت ذلك ، فلا تخلو الهبة من أن تكون قائمة أو فائتة .

فإن كانت قائمة ، فللأب الاعتصار مع سلامة الابن في ذاته وذمته .

---

(١) أخرجه الشافعي في المسند (٨٤٢) ، والبيهقي في الكبرى (١١٧٩٥) مرسلاً.

فإن كان مشغول الذات [سليم] (١) الذمة مثل أن يكون مريضًا ، فإن الأب يمنع من الاعتصار [لحق] (٢) من يرث معه ، وكذلك إذا مرض الأب، فلا اعتصار له ؛ لأنه إنما [يعتصر] (٣) لغيره كانتزاعه مال مدبره أو أمّ ولده.

فإن صح الأب أو الابن من ذلك المرض ، هل يصح له الاعتصار؟ قولان :

أحدهما : أنه [لا] (٤) يصح له ، وهو قوله في النكاح ، والدين ، وهو مذهب « المدونة » ، وبه قال أصبغ، وابن حبيب.

والثاني : أن له أن يعتصر لزوال المانع ، وهو قول قياسي ، والأول نقلي ، وهو قول ابن القاسم ،والمغيرة ، وابن دينار في « النوادر ».

فإن كان الولد سليم الذات مشغول الذمة إما بالمداينة ، وإما بوظيفة التزويج .

أما الابنة فلا اعتصار للأب فيما وهب لها إذا تزوجت قولاً واحدًا [ق/ ٢٢١/ ٢ـ أ] [لحجة](٥) الزوج أن يقول :إنما تغاليت في صداقها لأجل مالها .

وأما الذكر ففيه قولان :

أحدهما : أن الأب يمنع من الاعتصار ، وهو مذهب « المدونة » .

والثاني : أن له الاعتصار ، ولا يمنعه التزويج بخلاف الأنثى ؛ لقدرة

(١) في ب : بتسليم .
(٢) في أ : بحق .
(٣) في ب : يعترض .
(٤) سقط من أ .
(٥) سقط من أ .

الزوج على الخروج مما دخل فيه ، وهذا نص قول ابن دينار في الواضحة ، وما أدري ما وجه قوله ؛ إذ لا يقدر على الخروج إلا بغرم ؛ فأشبه ما لو تداين .

وأما مداينتهما ، فإنها تمنع الأب الاعتصار قولاً واحدًا.

فإذا زال المانع ، هل يعود الاعتصار إلى الأب ؟

فالنقل أن الاعتصار لا يعود إليه ، والقياس أن يعود إليه لزوال المانع.

وأما الأم ، فعلى القول بأنها تعتصر ، فإنها كالأب في جميع ما ذكرناه في حياته .

وأما بعد مماته ففيه [تفصيل] (١) فإذا وهبته الأم ، ثم مات الأب قبل بلوغهم أو وهبتهم بعد موت الأب ، فلا يخلو من أن يكونوا فقراء أو أغنياء .

فإن كانوا فقراء ، فلا اعتصار لها قولاً واحدًا؛ لأن ذلك على معنى الصدقة [والصدقة] (٢) ليس للأم اعتصارها بوجه .

وإن كانوا أغنياء ، ففيه قولان :

أحدهما : أن [ليس لها] (٣) الاعتصار كما لو كانوا فقراء ، وهو ظاهر « المدونة » .

والثاني : أن لها الاعتصار ، وهو قول أشهب ، وكأنه يرى أن ما كان على وجه الإرفاق ،وهو الذي لا يعتصر .

فإن وهبتهم الأم في حياة الأب ، ثم مات الأب بعد بلوغهم ورشدهم

---

(١) في ب : تحصيل .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

جاز لها أن تعتصر ؛ لأنه لم يمر بهم وقت يمنعها العصرة [فيها] [١] .

فإن كانت [الهبة] [٢] فلا يخلو [فواتها] [٣] من ثلاثة أوجه :

إما أن يكون بحوالة سوق .

وإما بتغيير الذات بزيادة أو نقصان .

وإما بعتق أو وطءٍ إن كانت أمة .

فأما حوالة الأسواق ، فلا تمنع العصرة قولاً واحدًا .

وأما الإيلاء ، والتدبير ، والعتق ، فإنه يمنع العصرة قولاً واحدًا .

وفي الوطء قولان :

أحدهما : أنه يمنع الاعتصار ، وهو قوله في « المدونة » .

والثاني : أنه لا يمنع الاعتصار ، وتستبرأ ؛ فإن كانت حائلاً أخذها الأب ، وهو قول المخزومي في « الموازية » .

وأما تغيير الذات بزيادة أو نقصان ، هل يمنع الاعتصار أم لا ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنه لا يمنع الاعتصار ، وهو قول مطرف ، وعبد الملك .

والثاني : أنه [يمنعه] [٤] ، وهو قول أصبغ ، وهو ظاهر المدونة .

وأما الصدقة ، فهل يجوز للأب اعتصارها من الابن أم لا ؟

فالمذهب على ثلاثة أقوال :

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) في أ : فواته .

(٤) في أ : يمنعها .

أحدها : أن الرجوع فيها لا يجوز إلا من ضرورة مثل أن تكون أمة فيتبعها نفسه ، أو يحتاج فيأخذ منها لحاجته ، وهو ظاهر قوله في «المدونة» .

والثاني : أن الرجوع فيها بالبيع ، والهبة جائز له ، وأن الاعتصار يجوز له ، وهو قول مالك في سماع العتبية ؛ لأنه أجاز أن يأكل مما تصدق به على ابنه الصغير، وذلك لا يكون إلا على معنى الاعتصار ؛ لأن الصغير لا يصح منه إذن .

والثالث : أن الرجوع فيها ممنوع من كل وجه .

والأقوال الثلاثة مروية عن مالك [رحمه الله ،والحمد لله وحده][٢] .

---

(١) زيادة من ب .

المسألة الرابعة
فيمن تصدق بأرض ، وبها بئر ، أو عين لم يذكرها في حين الصدقة

ولا تخلو العين ، أو البئر من وجهين :

أحدهما : أن تكون داخل الأرض أو خارجها .

فإن كانت داخل الأرض التي تصدق بها ، فلا يخلو المتصدق من أن يكون قادراً على سقي الأرض بمائه ،ويسوقه إليها من موضعه ، أو قدر على استخراج العين ، أو حفر بئر يغنيه عن مال المتصدق ، أو لا يقدر على شيء من ذلك .

فإن لم يقدر على شيء من ذلك ، فالشرب داخل في الصدقة قولاً واحداً ، ولا يقبل للمتصدق [قول . وإن قدر على ذلك ، وكان له غنى عن بئر المتصدق ، أو عينه ، فالمذهب على قولين :

أحدهما : أن القول قول المتصدق] (١) عليه أن الماء داخل في الصدقة مع الأرض إلا أن يتبين حين الصدقة ، أنه لم يتصدق به ،وهو قول ابن القاسم ، ومطرف ،وابن الماجشون في « الواضحة » .

والثاني : أنه إن كان له عنه غنى بوجه من الوجوه بماله فيها أو خارج عنها ، فلا شيء للمتصدق عليه في [ماء] (٢) المتصدق ، فإن لم يكن له غنى بوجه ، ولا على كل حال ، فالماء مع الأرض للمتصدق عليه ، وهو قول أصبغ في « العتبية » و« الموازية » .

---

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : مال .

والقول الأول أظهر ؛ لأنه كبناء فيها ، وهو ظاهر « المدونة » ،وإن كان الماء خارجًا عنها ، فلا يخلو من أن يتصدق عليه بناحية من الأرض التي فيها البئر ، والبئر في ناحية أخرى ، أو يتصدق بالأرض ،والبئر في أرض أخرى .

فإن تصدق عليه بناحية من الأرض ، والبئر في ناحية أخرى منها قولان :

أحدهما : أن المتصدق يحلف ، ويكون القول قوله ، ولا يدخل الشرب في الصدقة ، وهو قول ابن القاسم في « العتبية » ، و« الموازية ».

والثاني : التفصيل بين أن يكون له عنه غنى ،أو لا غنى له عنه ، كما قدمناه عن أصبغ .

وقول أشهب في هذا الوجه أصوب .

فإن تصدق بأرض ، والبئر في أرض أخرى ، وهي خارجة عن الأرض المتصدق بها ، فالمذهب على قولين :

أحدهما : أن القول قول المتصدق مع يمينه أن الماء غير داخلة في الصدقة، وهو قول ابن القاسم .

والثاني : على التفصيل المتقدم . وهو قول أصبغ .

فلو اشترى أرضًا ونصفها شائع ، فادعى البائع مثل هذا ،وقال : بعتها على أن يسقيها بماء من عنده ، وكذبه المبتاع ، فإن كان الماء في الأرض،فالمبتاع مصدق ـ كان له ماء ، أو لم يكن .

فإن لم يكن الماء فيها ، وإنما يأتيها الشرب من غيرها ،فهو للمشتري أيضًا إلا أن يرى لدعوى البائع وجه ، مثل أن يكون للمبتاع أرض تليها لها ماء يصرفه إليها ،فيضم الأرض إلى الأرض ، وتكون واحدة أو تكون مثلها

تحفر فيها الآبار ، وكان المشترى مشاعًا ، فإنهما يتحالفان .

وما كان على غير هذا ، فالماء للمشتري ،وإن كان الماء [في] [١] غيرها تحالفا وتفاسخا ، وهو قوله في « الموازية » .

ولو تصدق عليه ببيت من داره ،ولم يُسَم له مرفقًا ، فليس للمتصدق أن يمنعه من مدخل ، ومخرج ، ومرفق من بئر ومرحاض ، وإن لم يُسَمه في الصدقة ، وليس له أن يقول : افتح بابك حيث شئت ، وهو قول ابن القاسم في « العتبية » ، و« الموازية » .

ولو تصدق عليه بثلث داره ،وفيها طوب وخشب موضوع ، فطلب المعطي ثلثه ، ومنعه الورثة فليس له في الطوب والخشب شيء ، وهو قول ابن القاسم [والحمد لله وحده] [٢] . تم الكتاب.

---

(١) في أ : من .

(٢) زيادة من ب .

كتـاب الهبات



كتاب الهبات

تحصيل مشكلات هذا الكتاب ، وجملتها مسألتان:

المسألة الأولى

في جواز الهبة للثواب

والأصل في جوازها على الجملة قوله تعالى :﴿ وَمَا آتَيْتُم مِّن رِّبًا لِّيَرْبُوَ فِي أَمْوَالِ النَّاسِ ﴾ (١) الآية ؛ وهو أن يعطي الرجل الرجل الشيء ليعطيه أكثر منه، فلما [أجزم] (٢) تعالى أن من أعطى [عطية] (٣) يبتغي بها النماء ، والزيادة في ماله من مال المعطى له أن ذلك لا يربو عند الله تعالى [ولا يزكو لديه كل ذلك على أنه ليس بعطية إلا ما قصد به من الزيادة في ماله، أو الثواب من المعطي لا من الله تعالى] (٤) وأن ذلك جائز ، فليس لمن أعطى عطية للثواب في عطيته أجر ، ولا عليه فيها وزر ، وهي من قبيل الجائز المباح لا من قبيل المندوب [والمرغوب] (٥) فيه ، وهو مما أباحه الله تعالى لعباده وحرمه على نبيه ﷺ إكرامًا له وتنزيهًا ، وترفيعًا لشأنه ، فقال تعالى : ﴿وَلَا تَمْنُن تَسْتَكْثِرُ ﴾ (٦)، أي : لا تعطي لتعطى أكثر منه ؛ لأن ذلك تعريض للمسألة ، والمسألة مكروهة مذمومة ، وقال ﷺ : « **لأن يأخذ أحدكم حبله ، فيحتطب على ظهره خيرًا له من يأتي رجلاً أعطاه الله**

(١) سورة الروم الآية (٣٩) .
(٢) في ب : أخبر .
(٣) في أ : عطيته .
(٤) سقط من أ .
(٥) في أ : والمرغب .
(٦) سورة المدثر الآية (٦) .

من فضله ، فيسأله أعطاه أو منعه » [١] .

فإذا ثبت ذلك ، فلا تخلو الهبة للثواب من ثلاثة أوجه :

أحدها : أن يهب على ثواب ، فيسميه ويشترطه .

والثاني : أن يهب على ثواب يشترطه [ق/ ٢٢٤ ب] ولا يسميه.

والثالث : أن يهب على ثواب يرجوه ، ولا يسميه ، ولا يشترطه.

فالجواب عن الوجه الأول : إذا اشترط الثواب ،وسماه فهذا حكمه حكم البيوع ؛ يحله ما يحل البيوع ،ويحرمه ما يحرم البيع ،ولا خلاف ـ أعلمه ـ في المذهب في هذا الوجه .

والجواب عن الوجه الثاني : إذا اشترط الثواب ،ولم يسمه هل له حكم البيع أو حكمه الهبة للثواب ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أن حكمها حكم الهبة الصحيحة ، وهو قول ابن القاسم .

والثاني : أن حكمها حكم البيع ، ثم لا يجوز ؛ لأن ذلك غرر ، وخطر ، وكأنه باع منه السلعة بقيمتها ، وهو قول ابن الماجشون. والأول أظهر.

والجواب عن الوجه الثالث : إذا وهبه على ثواب يرجوه ، ولا يسميه، ولا يشترطه ، فلا يخلو من وجهين :

أحدهما : أن يتصادقا على أنه أراد الثواب .

والثاني : أن يكذبه الموهوب له .

فإن صدقه الموهوب له يخير في ذلك بين القبول والرد ، فإن قبلها كان

---

(١) أخرجه البخاري (١٤٠١) من حديث أبي هريرة.

كنكاح التفويض عند ابن القاسم ، ويـخير الموهوب له ما دامت الهبة قائمة لم تفت بين أن ينيبه ما يكون فيه وفاءً بقية الهبة أو يردها [عليه] (١) ولا تجب عليه القيمة إلا بالفوت .

وعلى قول مطرف [وروايته] (٢) عن مالك أنه لا يلزم الواهب الرضا بقيمة الهبة إلا بعد فواتها كقول ابـن الماجشون في نكاح التحكم أنه لا يلزم المرأة الرضا بصـداق المثل إذا حكم به [إلا بعد الدخـول خلاف مذهب ابن القاسم ،وابن عبد الحـكم ،وأصبغ في قولهم : إنها يلزمـها الرضا بصداق المثل إذا فرض لها] (٣) كنكاح التفويض سواء .

واختلف في الفوات الذي يلزم به الموهوب له القيمة على أربعة أقوال :

أحدهـا : أن القبض فوت يوجب القيـمة على الموهوب له ، وهو قول مالك [ق/ ٢/٢٢٢ ـ أ] في رواية [ابن عبد الحكم] (٤) ،وأنه ليس له أن يردها إلا عن تراضٍ منهما جميعًا عنده .

والثاني : أن حوالة الأسواق [فيها] (٥) فوت ، وهو قول ابن القاسم في « الموازية » ،وهو قول مالك في العـوض في « كتاب الاستحقاق » من «المدونة » : أنه يفيتها حوالة الأسواق ، ولا فرق بين العوض والهبة.

والثـالث : أنه لا يكون فيها فوت إلا الزيادة والنقصان . وهو قول ابن القاسم في « المدونة »، و«العتبية » .

والـرابـع : أنه لا يكون فيـها فوت إلا النقصان ، وأما الزيـادة فليست

(١) سقط من أ .
(٢) في أ : ورواية .
(٣) سقط من أ .
(٤) في ب : عبد الملك .
(٥) سقط من أ .

بفوت ، وهي إحدى روايتي عيسى عن ابن القاسم في « العتبية » .

وهذا الخلاف فيما تجب به القيمة على الموهوب له .

واختلف فيما يجب على الواهب أخذ القيمة ، ويلزمه قبوله من الموهوب له إذا أبدلها له ، ولا يكون له أن [يسترد] (١) هبته إذا لم يرض منه على أربعة أقوال :

أحدها : أنه نفس الهبة وقبولها يوجب على الواهب قبض القيمة فيها من الموهوب إذا أبدلها له ،وإن لم يقبض الهبة.

والثاني : أن القبض يوجب عليه قبض القيمة ، وهو قول ابن القاسم في « المدونة » وغيرها .

والثالث : أنه التغيير بزيادة أو نقصان ، وهو قوله في « كتاب الشفعة » من « المدونة » .

والرابع : أنه فوت عين الهبة جملة ، إما بفوات حسي كالموت والاستهلاك ، وإما بفوات معنوي كالعتق ، والإيلاد .

أما القول الأول والثاني فاختلافهما ينبني على الخلاف في الواهب ، هل يلزمه دفع الهبة قبل أن يدفع إليه العوض أم لا ؟؛ فمن رأى أنه يلزمه أن يدفع إليه الهبة قبل أن يقبض الثواب ،قال : يلزم الواهب قبل القيمة بنفس الهبة ، ومن رأى أن له أن يحبس الهبة حتى يقبض الثواب ،وهو نص قول ابن القاسم « كتاب الهبة » من « المدونة » قال : لا يلزمه إلا بعد قبض الهبة منه .

فعلى القول بأن الواهب يلزمه تسليم الهبة قبل أن يقبض الثواب كان ضمانها بعقد الهبة من الموهوب له على كل حال ، ولا يدخل فيها من

---

(١) في أ : يشتري .

الخلاف ما يدخل في المحبوسة بالثمن ، وتلزمه القيمة إن فات يوم الهبة لا يوم القبض باتفاق المذهب .

وعلى القول بأنه لا يلزمه تسليم الهبة أولاً ،وأن له أن يمسكها بالثواب، فالاختلاف في مصيبتها ممن تكون قبل القبض كالاختلاف في المحبوسة بالثمن ، هل هي من البائع أو من المشتري ، وقد اختلف فيها المذهب على ثلاثة أقوال كلها قائمة من « المدونة » :

أحدها : أن الضمان فيها من البائع على كل حال ؛ لأن عليه [فيها](1) حق التوفية .

والثاني : أنه من المشتري سواء كان مما يغلب عليه أم لا ، وهو أحد قولي مالك في « كتاب العيوب » من « المدونة » ، وعليه يأتي قول الغير في « كتاب الرواحل ، والدواب » في دعوى البائع هلاك ما اشترط الانتفاع به في البيع : أنه مصدق ،وإن كان بعضهم قد تأول أنه بناه على أن المستثنى مشترى فكأنهما انفصلا ، وبان المشتري بالسلعة ثم اكتراها منه البائع بعد ذلك ؛ فوجب أن يصدق في دعوى تلف ما اكتراه .

وليس هذا بصحيح ؛ لأنهما لو كانا قد انفصلا لجاز أن يشترط منفعته شهرًا أو أكثر ،وهو لم يجز ذلك إلا فيما قلّ كاليوم واليومين .

والثالث : التفصيل بين ما يغاب عليه ، وما لا يغاب عليه ، وهو قول ابن القاسم .

واختلف أيضًا على هذا القول متى تكون القيمة في الهبة إذا فاتت على قولين :

أحدهما : [أنها] (2) تجب يوم الهبة ، وهو قول مالك ،وابن القاسم،

---

(١) في أ : فيه .
(٢) في أ : أنه .

وأصبغ في العتبية ،ومثله في آثار « كتاب الحبس » من « المدونة » .

والثاني : أنها تجب يوم القبض ، وهو قول ملك في « موطئه » ومثله في « كتاب الشفعة » من « المدونة ».

واختلف [في] (١) ما الذي يجبر الواهب على قبوله من الثواب إذا عوضه الموهوب له على ثلاثة أقوال :

أحدها : أن للموهوب له أن يثيبه بما شاء من العروض مما فيه وفاء بقيمة الهبة ، ويجبر الواهب على قبوله ما لم يكن من العروض التي يتعاطاها الناس فيما بينهم في الثواب كالحطب ، والتبن ، وما أشبه ذلك ، وهو قول ابن القاسم في « المدونة » .

ولا فرق عنده بين أن يكون ذلك قبل الفوات أو بعده ؛ إذ لم يفرق بين ذلك في « الكتاب » .

والثاني : أنه لا يعطيه في الثواب إلا الدنانير والدراهم ، إلا أن يتراضيا على غير ذلك ، وهو قول أشهب ،ويلزم على قوله إذا تراضيا على غير الدنانير ،والدراهم ألا يجوز على مذهبه إلا بعد معرفتها بالقيمة .

والثالث : أن له أن يثيبه بما شاء من العروض إن كان فيه وفاء بالقيمة ، ولا فرق بين الحطب وغيره ، وهو قول سحنون.

وأما الوجه الثاني من الوجه الثالث : إذا كذب الموهوب له الواهب في أنه أراد بهبته الثواب ، فلا يخلو [الأمر] (٢) إلا من ثلاثة أوجه :

أحدها : أن يرى أنه إنما أراد بهبته الثواب .

والثاني :أن يرى لم يرد [بها] (٣) الثواب .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) في أ : به .

والثالث : أن يجهل أمره ، ولا يتبين مراده ، هل كان للثواب أم لا .

فإن رأى أنه أراد به الثواب ، فحكمه كحكم الهبة للثواب ، وقد تقدم الكلام [فيه](١) .

وإن رأى أنه لم يرد به الثواب ، فلا ثواب له [فيها] (٢) .

فإن لم يتبين مراده فيها ، فالقول قوله أنه أراد [بها] (٣) الثواب ؛ قيل: بيمين ، وقيل : بغير يمين [والحمد لله وحده](٤).

---

(١) في ب : عليه .
(٢) في أ :فيه .
(٣) في أ :به .
(٤) زيادة من ب .

المسألة الثانية

فيما يجوز أن يعاوض به في هبة الثواب

ولا تخلو الهبة من أن تكون قائمة أو فائتة.

فإن كان قائمة ، فلا يخلو ما عوضه به من أن يكون من جنس الهبة ، أو من غير جنسها .

فإن كان من جنسها ، فلا يخلو من أن تكون الهبة ذهبًا، أو فضة ، أو تكون عروضًا .

فإن كانت ذهبًا أو فضة ، فلا تخلو من أربعة أوجه :

إما أن يثيبه مسكوكًا عن مسكوك ، أو متبورًا عن متبور ، أو مصوغًا عن مسكوك ، أو مسكوكًا عن مصوغ .

أما ثواب العين عن العين ، فإن كان مثله عددًا أو وزنًا وصفة ، فذلك جائز قولاً واحدًا ، ويكون سلفًا ، وفي الأكثر لا يجوز قولاً واحدًا ، وفي الأقل قولان :

إن كان يدًا بيد كانت فضة بفضة غير متماثلة.

وإن كان بعد التفرق دخله ربا التفاضل ،وربا النسيئة مع ما في ذلك من ضمان يجعل على القول بأن للعين فيه ضمان يجعل .

وكذلك الحكم في المتبور عن المتبور ،وأما إذا عاوضه مصوغًا عن مسكوك ، فقد اختلف المذهب في جواز هبة الدنانير والدراهم على عوض، على قولين قائمين من « المدونة ».

أحدهما : أن ذلك لا يجوز ، وهو الأظهر ؛ لأن القيمة إنما تكون

بالعين التي هي أصل في الأثمان ،وقيمة للمتلفات ، فإذا عادت الهبة عينًا، فإنما تكون قيمتها من أصناف العروض ، فتثبت في الذمة غير مؤجلة ،ولا موصوفة ؛ وذلك يمنع صحة البيع ، وما كان في معناه [مما يفتقر] (١) إلى العوض ؛ فكأن الدنانير والدراهم بيعت بما لا يعرف من أصناف العروض.

وهو قول مالك ، وابن القاسم في « العتبية » ،و« الموازية ».

والثاني : أن ذلك جائز ، وهو قول ابن القاسم في الموازية ، وهو ظاهر قول مالك في المختصر حيث قال : لا ثواب في الدنانير والدراهم إلا أن يكون لذلك وجه .

فعلى القول بالجواز ، فما الذي يجوز أن يعاوض به عنه ؟

أما العروض : فلا إشكال في جوازها على اختلاف أصنافها ، وتباين صفاتها .

أما الحلي المصوغ ،فهل تجوز المعاوضة به عن العين أم لا ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : الجواز ، وهو قول أشهب .

والثاني : المنع ، وهو قول ابن المواز .

والقولان منصوصان في « كتاب محمد » في [أخذ] (٢) العين عن هبة الحلي ، وهو الوجه الرابع والذي يقول : إنه يجوز أن يعاوض عن الذهب ورقًا ، وعن الورق ذهبًا إذا كان يدًا بيد ، فإن كان بعد التفرق ، فهذا الذي ينبغي أن يكون فيه الخلاف لما كانت الهبة مكارمة ، فيجوز على قول ؛ لأنهما لم يقصدا إلى المكايسة ، فإن كانت الهبة عروضًا ، وعاوضه من

---

(١) في أ : حتى تفتقر .

(٢) سقط من أ .

جنسها ، فلا يخلو من أن يكون مما فيه الربا ، أو مما لا ربا فيه .

فإن كان مما فيه الربا : أما ربا التفاضل ، فيجوز فيه المثل ، والأقل قبل التفرق ، ولا يجوز الأكثر ،وأما ربا [النسيئة] [(١)] فيجوز فيه المثل ، والأقل، والأكثر قبل التفرق قولاً واحدًا ، وبعد التفرق قولان ؛ لأن الطعام المكيل ،والموزون والمعدود يسمى عروضًا .

وأما مما لا ربا فيه ، فإنه يجوز كيف ما قدر وصور في الأقل والأكثر قبل الافتراق وبعده ؛ إذ لا علة [تتقي] [(٢)] مع قيام الهبة .

وكذلك الحكم إذا كان العوض من غير جنسها .

وأما الوجه الثاني من أصل التقسيم : إذا [فاتته] [(٣)] الهبة ووجبت قيمتها على الموهوب له ، فلا يخلو ما عاوضه به من أن يكون معينًا أو يكون ثابتًا في الذمة .

فإن كان شيئًا معينًا ، فلا يخلو من أن يكون مما يتعجل قبضه أم لا .

فإن كان مما يتعجل قبضه في الحال [فالجواز] [(٤)] اتفاقًا .

فإن كان مما لا يتعجل قبضه في الحال كخدمة عبد أو سكنى دار ، فهل يجوز ذلك أم لا ؟ فالمذهب على ثلاثة أقوال :

الجواز لأشهب .

والمنع لابن القاسم .

والتفصيل بين أن يشرع في السكنى ، فيجوز أو يتراخى ، فلا يجوز ،

---

(١) في أ : النساء .

(٢) في أ : تبقى .

(٣) في أ : فاتت .

(٤) في أ : فلا يجوز .

وهو قول ابن القاسم في « كتاب الحوالة » أيضًا .

فإن كان ثـابتًا في الذمـة ؛ مثل أن يعاوضه ديـنًا له على رجـل حاضر مَلِي، فإن حَلّ الدَّين ، وكان مما تقوم به الهبة ، وقبضه في الحال جاز قولاً واحدًا .

وإن تراخى القبض أو لم يحل الدين ، فالمذهب على قولين :

أحدهـما : الجواز ، وهو قول مالك في « كتاب ابن المواز » ؛ لأنه من باب الحوالة إذا كان الدَّين مثل القيمة التي وجبت له أو أقل ، فإن كان أكثر كان سلفًا بزيادة .

والـثانـي : أن ذلك لا يجوز ؛ لأنه دين بديـن ، وهو قول ابن القاسم [ق/ ٢٢٣/ ٢ ـ أ] وأشهب في « الموازية ».

وأكثر هذه المعاني تقدم ذكرها في « كتاب البيوع » .

تم الكـتاب [ق/ ٢٢٥ب] بـحمد الله تـعالـى يتـلوه « كتـاب الوصـايا الأول».



كتـاب الوصايا الأول

كتاب الوصايا الأول

تحصيل مشكلات هذا الكتاب ،وجملتها عشر مسائل :

المسألة الأولى

فيمن أوصى ببيع عبده أو شراء عبد غيره

فأما وصيته ببيع عبده ، ففيه ستة أسئلة :

الأول : أن يقول : بيعوا عبدي من فلان .

والثاني :أن يقول : بيعوا عبدي ممن يعتقه .

والثالث : أن يقول : بيعوا عبدي ، ويسكت .

والرابع : أن يقول : بيعوا عبدي ممن [أحب] (١) .

والخامس : أن يقول :بيعوا عبدي ممن أحب للعتق.

والسادس : أن يقول : بيعوا عبدي لفلان للعتق .

فالجواب عن السؤال الأول : إذا قال : بيعوا عبدي من فلان ، فإنه يعرض عليه بقيمته ، فإن لم يرض ، فإنه يوضع له من الثمن إلى مبلغ ثلث قيمته .

فإن امتنع من شرائه بعد وضيعة الثلث ، فلا يخلو من أن يطلب الحطيطة من الثلثين الباقين أم لا .

فإن طلب الوضيعة من الثلثين ، فهل يساعد بمطلوبه أم لا ؟

فالمذهب على قولين :

---

(١) في أ : أحبه.

أحدهما : أن الورثة بالخيار بين أن يبيعوه له بما طلب أو يقطعوا له بثلث العبد ، وهو نص قول ابن القاسم في الكتاب .

والثاني :أنه لا شيء [عليهم](١) ،وهو قول أشهب في « الموازية » ، وهذا القول قائم من « المدونة » من قول الغير في قوله : بيعوه ممن أحب ، وهو الأظهر في النظر الصحيح ؛ لأنه لما امتنع من الشراء بوضيعة الثلث ، فكأنه رد الوصية ،وكأن الموصى إنما [أوصى] (٢) له بالحطيطة بشرط الشراء، وهو ظاهر قول ابن القاسم في فصل الشراء أيضًا إذا أوصى أن يشتري عبد فلان ، فأبى من يبيعه بزيادة الثلث ، فلم يجعل له ثلث الثمن.

فيتخرج لابن القاسم من الكتاب قولان.

وسبب الخلاف : هل ذلك وصية للموصى له بالبيع بوضيعة ثلث الثمن أم ذلك شيء أوجبته الأحكام .

واختلف هل يجب على الورثة إعلام المشتري بذلك أم لا ، على قولين قائمين من « المدونة » :

أحدهما : أن ليس عليهم إعلامه ، وهو قول ابن القاسم .

والثاني : أنه [يجب] (٣) عليهم إعلامه ،وهو قول أشهب .

وهذا ينبني على الخلاف الذي قدمناه آنفًا .

وأما إن امتنع من شرائه أصلاً فلا شيء له في العبد اتفاقًا لا على القول بأنها وصية له ، ولا على القول بأن الوضيعة أمر أوجبته الأحكام ؛ لأنه إن

---

(١) في أ : عليه .

(٢) في ب : أرضي.

(٣) سقط من أ.

كان ذلك وصية له ، فقد ردها .

واختلف هل تدخل الوصايا في هذا العبد بعد الرد إن كانت في المسألة أم لا . على قولين قائمين من « المدونة » :

أحدهما : أن الوصايا تدخل فيه .

والثاني : أنها لا تدخل ، ويكون للورثة محاصته .

والقولان قائمان من « كتاب الوصايـا الثاني » من « المدونة » من مسألة بعض الموصى لهم إذا مات قبل موت الموصي .

وينبني الخلاف : على الخلاف في الوصايا هل تدخل فيما علم الموصى به ، وفيـما لم يعلم مـن ماله أو لا تدخل إلا فـيما علم به ، وقـد حكى اللخمي الخلاف في المسألة .

وهذا كله إذا حـمله الثلث ، فإن لم يـحمله الثلث خيـر الورثة بين أن يبيعوه بوضيعة الثلث أو يقطعوا للموصى [له][1] بثلث الميت بتلاً .

والجواب عن السؤال الثاني : إذا أوصى أن يباع عبده من فلان للعتق .

وعن الثالث : إذا أوصى أن يباع ممن أحب للعتق .

وعن الرابع : إذا أوصى أن يباع ممن يعتقه : فالحكم في الأسئلة الثلاثة واحد ، ولا يخلو من أن يحمله الثلث أو لا يحمله .

فإن حمله الثلث ووجد من يشتريـه ، فقد اختلف في القدر الذي يحط له من القيمة على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه يحط له ثلث قيمته ، وهو قول مالك في « المدونة » .

والـثانـي : أنه يباع بما أعطى فيه قـل أو جل ، ويبدي على الوصايا ،

---

(١) سقط من أ .

وهو قول مالك في « كتاب محمد » ، وهو قائم من المدونة من قوله : بيعوه ممن أحب ، ولم يجد من يحب فقال : يعتق الورثة ثلث العبد .

والثالث : أنه ينظر إلى ما يسوي بشرط العتق ،فإن قيل : عشرون كانت [العشرون](١) كالثمن الصحيح [وهو] (٢) يحط ثلثها ، وهو اختيار اللخمي ،وهو أقيس .

وسبب الخلاف : هل ذلك وصية للعبد ، فيباع بما يعطى فيه ، أو ذلك وصية لمشتريه ، فيحط عنه ثلث الثمن خاصة .

وفائدة اعتبار زيادة ثلث القيمة في المشتري وحطها من قيمة المبيع ؛ لأنها القدر الذي يقع به التغابن في البيع في غالب الأمر .

[فحمل] (٣) الأمر على الغالب المتفق عليه في المذهب أنه لا قيام فيه للمغبون بالغبن ، والزائد على ذلك يجري على الخلاف الذي أتقناه في مسائل [البيوعات] (٤).

فإن لم يحمله الثلث ، فالورثة بالخيار ؛ إن شاؤوا جوزوا ذلك ، وإلا أعتقوا منه ما حمل الثلث .

والجواب عن السؤال الخامس : إذا قال : بيعوا عبدي فسكت ،ولم يزد، فهل يلزم الورثة نفوذ الوصية إذا [حمله] (٥) الثلث أم لا ؟ على قولين :

أحدهما: أن ذلك غير لازم للورثة لا ندبًا ولا واجبًا،وهو قول أشهب.

---

(١) في أ : عشرون .
(٢) سقط من أ .
(٣) سقط من أ.
(٤) في أ : البياعات .
(٥) في أ : حملها .

والثاني : أن الورثة يؤمرون ، ولا يخيرون .

وسبب الخلاف : لفظ الموصى إذا عرى عن غرض ظاهر ، هل يعد ذلك منه عبثًا ، وسفهًا ؛ لأن قوله : بيعوا عبدي ، كلام لا يفهم منه فائدة، ولا تعقل له قربة فيطرح ويلغي ، أو لا يعد ذلك عبثًا وسفهًا ؛ لأن كلام الموصي في ماله لا يخلو من غرض ،ولابد لوصيته من فائدة قصدها منها : إما ظاهرة ،وإما باطنة ، إما لنفسه ،وإما لغيره .

وفي مسألتنا قد يقصد بالوصية بيع عبده على معنى الرفق بالعبد ، وصرف الأذى عنه لما علم من عض بعض الورثة أنامله من العبد لأجل ما يلقى منه من المغائظ في حياة السيد من كون العبد حريصًا على صيانة مال سيده ، ولم يساعدهم على ما يريدون من بسط اليد إلى الخيانة فَيَسُومُونَه بالوعيد ، ويحملون عليه بالتهديد ، مهما حصل في ملكهم بالإرث ، وخصوصًا إذا كان الوارث غاصبًا ، أو بعكس ذلك أن يكون عبدًا مسخوطًا جافيًا يخشاه السيد على ولده ،وهو ممن لا تؤمن غوائله ، فرأى إخراجه من ملكه مصلحة لورثته ، فعلى هذا ينبني الخلاف .

والجواب عن السؤال السادس : إذا قال : بيعوه ممن أحب ، فلم يوجد من يشتريه بوضيعة الثلث ، وبعد انتقال العبد من عمرو إلى زيد ، أو لم يجد من يساومه أصلاً .

أما إذا لم يجد من يساومه ممن أحب ، فلا شيء على الورثة باتفاق المذهب.

وأما إذا وجد من يشتريه بالوضيعة من الثلثين ، فأبى الورثة من بيعه ، ففي الكتاب قولان :

أحدهما : أن الورثة مخيرون بين أن يبيعوه بما سئلوا ، أو يعتقوا ثلثه

بتلاً ، وهو قول مالك في الكتاب .

والثاني : ألا شيء على الورثة ، ويكون جميع العبد ميراثًا لهم ؛ لأنهم قد أنفذوا وصية الميت ، وليس عليهم أكثر مما فعلوه ، وهذا هو الأظهر في النظر .

وقوله : يعتــق ثلثه على الورثة إذا أبوا مــن بيعه بما سئلوا قــولاً ضعيفًا ليس في كلام المــوصي ما يدل عليه لا في لفظــه ،ولا في قصده ،وهذا إذا حمله الثلث .

فإن لم يحــمله خير الورثــة بين بيعه بذلــك ، أو يعتقوا منــه ما حمل الثلث من مال الميت .

وأما الـفصـل الثـاني : وهو وصيته بــشراء عبد غيره ، ففيه ســتة أسئلة [أيضًا] [1] .

الأول : أن يقول : اشتروا عبد فلان لفلان .

والثاني : أن يقول : اشتروا عبدًا لفلان .

والثالث : أن يقول : اشتروا عبد فلان للعتق .

والرابع : أن يقول :اشتروا عبد فلان ، ولم يزد .

والخامس : أن يقول : اشتروا عبدًا للعتق .

والسادس : أن يقول : اشتروا عبدًا ولم يزد .

والجواب عن الـسؤال الأول : إذا قال : اشتروا عبــد فلان لفلان : فلا يخلو من أن يحمله الثلث أو لا يحمله الثلث .

فإن حمله الثلث ، فإنه يشتري له بزيادة ما بينه ، وبين ثلث ثمنه.

---

(١) زيادة من ب .

فإن أبي أن يبيعه بذلك ، فلا يخلو من أن يمتنع من بيعه أصلاً ضنًا منه بالعبد .

والثاني : أن يكون امتناعه طلبًا للزيادة على الثلث .

فإن امتنع من بيعه أصلاً ، فلا شيء للموصى له به اتفاقًا .

فإن كان امتناعه التماسًا للزيادة ، فإنه يتخرج [فيها] (١) من المدونة ثلاثة أقوال :

أحدها : أن الورثة [يسلموا] (٢) إلى الموصى له به قيمة العبد ، وزيادة ثلث ثمنه ، وهو قول ابن القاسم في الكتاب .

والثاني : أن الورثة إذا زادوا على القيمة ثلثها ، فلم يبع بذلك ، وطلب الزيادة ، فليس عليهم أكثر من ذلك ، ثم لا شيء للموصي أن يشتري له العبد لا من الثمن ، ولا من الزيادة ، وهو قول الغير في «المدونة» .

والثالث : أن الثلث الزائد على القيمة يكون لسيد العبد ، والقيمة تكون للموصى له بشراء العبد ،وهو ظاهر قوله في « الكتاب » من مسألة : الذي أوصى أن يباع عبده من فلان ، فطلب زيادة الوضيعة على الثلث ، وأبى الورثة حيث قال : يقطعوا له بثلث العبد ؛فكما يقضي لهذا بثلث العبد إذا أبى أن يشتري ، فكذلك يقضي للآخر بثلث الثمن إذا امتنع من البيع ، وهذا الإلزام ظاهر قد ألزمه التونسي للكتاب ، والأمر كما قال لا مراء فيه لم [تأمل] (٣) ما في « المدونة » .

---

(١) سقط من أ .
(٢) في أ : تسلم .
(٣) في أ : تأول .

وسبب الخلاف : هل ذلك وصية لصاحب العبد ، فيكون له الثلث الزائد أم ذلك وصية للموصى له بشراء العبد ، فيكون له الثمن ؟

ومن تعارض عنده الأمران وتساوى لديه الاحتمالان جعل الثمن للموصى له بالعبد ، والثلث الزائد لصاحب العبد .

فإن لم يحمله الثلث خير الورثة بين أن [يشتروا له] (١) أو يقطعوا له بثلث مال الميت بتلاً .

والجواب عن السؤال الثاني : إذا قال : اشتروا عبدًا لفلان [ق/ ٢٢٤/ ٢ـ أ] فالوصية نافذة إن حمل ذلك الثلث .

واختلف هل يشتري له رقبة وسطًا ، أو إنما يراعي قدر الثلث؟ على قولين :

أحدهما : أن المراعى قدر الثلث لا أكثر ، وهو ظاهر المدونة إذا أوصى أن تشتري رقبة ، فتعتق ، قال : يشتري على قدر الثلث .

والثاني : أن تشتري رقبة وسطًا ، وذلك عدل بينه وبين الورثة ، وهو الظاهر من غرض الموصي ؛ إذ لو اعتبر مقدار الثلث لأوصى له بها تصريحًا وقطعًا .

وليس للورثة أن يردوه إلى الأدنى ليوفروا لأنفسهم أكثر الثلث ؛ لأن ذلك خروج عن مراد الموصي وغرضه ،والموصي لا يقصد إلى الإيصاء بالدون ؛ لما علم من خوفه على الوفر لحظ نفسه ، ولاسيما إذا لم يوص بغير ذلك .

والجواب عن السؤال الثالث : إذا أوصى أن يشتري عبد فلان للعتق ، فلا يخلو من أن يكون وارثًا أو أجنبيًا .

---

(١) في أ : يشتروه .

فإن كان أجنبيًا ،وحمل الثلث وصيته ، فإنه يشتري بالقيمة ، وزيادة الثلث .

فإن امتنع سيده من البيع أصلاً ، وطلب الزيادة على الثلث ، وأبى الوارث ، هل يستأني بالثمن أم لا ؟ فعلى قولين :

أحدهما : أنه يستأني به ، وهو نص « المدونة » .

والثاني : أنه لا يستأني به ، وهو قول ابن المواز .

وعلى القول بالاستيناء ، فإلى أيّ أمد ، وإلى أيّ مرد؟

فعلى قولين منصوصين في « المدونة » :

أحدهما : أنه يستأني به إلى الإياس ، والإياس على هذا القول طول الزمان مع بقاء العبد في ملك سيده ، وهو نص قول ابن القاسم في «المدونة » ، ويكون قوله في « كتاب الوصايا الثاني » بيانًا لقوله في «[كتاب] (١) الوصايا الأول » .

والثاني : أن يستأني به حتى ييأس منه ؛ والإياس في هذا القول عدم العبد كالموت ، وإما معنى كالعتق ، وهي رواية ابن وهب عن مالك في «الكتاب» ، وهو نص قول ابن القاسم في غير « المدونة » أيضًا .

وعلى القول بأنه لا يستأني بالثمن [ق/ ٢٢٦ب] ، أو أنه يستأني به إلى الإياس ، فما الحكم في الثمن بعد الإياس ، هل يعود ميراثًا ، أو يجعل في رقبة أخرى ؟ قولان قائمان من « المدونة » :

أحدهما : أنه يعود ميراثًا ، وهو ظاهر قول ابن القاسم ، وابن وهب في « المدونة » .

والثاني : أن الثمن وزيادة الثلث يجعل في رقبة أخرى ، وهو قول ابن

---

(١) سقط من الأصول .

كنانة في غير « المدونة » ، وهو ظاهر قول الغير في « الكتاب » من مسألة : [الوصية] [١] بالحج ،وقد قال ابن القاسم فيمن أوصى أن يحج عنه رجل بعينه ، وهو غير ضرورة ، فأبى فلان أن يحج عنه أن الوصية تعود ميراثًا ، وقال غيره : تدفع لغيره ، ولا تعود ميراثًا ؛ لأن الحج إنما أراد به البِرِّ لنفسه ؛ يريد أن ثواب الحج عن الميت للميت ، وفلان إنما أخذ المال على معنى الإجارة ، وكذلك الوصية بالعتق .

وسبب الخلاف : هل النظر إلى لفظ الموصي ، أو النظر إلى غرضه؟

فمن جرد النظر إلى لفظه ، قال : تعود الوصية ميراثًا .

ومن لاحظ المعنى ، واعتبر غرضه قال : لا تعود ميراثًا ، وهو الأقيس.

وعلى القول بأنها لا تعود ميراثًا ، هل تدخل فيه الوصايا أم لا ؟

قولان قائمان من « المدونة » ، وقد بيناهما.

ويتخرج الخلاف فيه على الخلاف في الوصايا ، هل تدخل فيما علم وفيما لم يعلم [أم لا] [٢] ؟

فإن كان وارثًا ، فأبى أن يبيعه إلا بزيادة الثلث على القيمة ، هل يزاد له كما يزاد للأجنبي؟

قولان قائمان من المدونة :

أحدهما : أنه لا يزاد له إذا كان وارثًا معه ؛ لأن ذلك وصية لوارث ، وهو قول ابن القاسم في « المدونة» .

والثاني : أنه يزاد له كما يزاد لغيره ، وهو قول مالك في « كتاب

---

(١) في أ : الوصي .

(٢) سقط من أ .

محمد » .

وسبب الخلاف : هل ذلك وصية للعبد أو وصية لسيده ؟

والجواب عن السؤال الرابع : إذا قال : اشتروا عبد فلان ، ولم يزد عليه ، فإنه يشتري بالقيمة ، وبزيادة الثلث.

فإن طلب الزيادة على ثلث القيمة ، وأبى الورثة ، هل يعطي لسيده ثلث القيمة أم لا ؟

قولان متأولان على المدونة ؛ فعلى قول ابن القاسم إذا أوصى أن يشتري عبد فلان لفلان ، وأبى سيده من البيع أن الثمن وثلثه لفلان الموصى أن يشتري [له] (١) ؛ فيكون في هذه المسألة ثلث الثمن لسيد العبد، وعلى قول غيره : لا شيء له .

والجواب عن السؤال الخامس : إذا أوصى أن يشتري للعتق ، فالوصية تنفذ إن حملها الثلث .

واختلف هل يجعل ذلك في وسط الرقاب ، أو يعتبر قدر الثلث على التوجيه الذي قدمناه في السؤال الثاني إذا أوصى أن يشتري عبد فلان ، فلا فائدة لإعادته مرة أخرى .

والجواب عن السؤال السادس : إذا أوصى أن يُشترى عبد ، ولم يزد على ذلك لم يلزم الورثة إنفاذ الوصية لخلوها من فائدة ؛ لأنه لم يتعلق بذلك حق لله تعالى ، ولا للآدمي ؛ فيتعين إسقاطها عن الورثة ندبًا وإيجابًا [والحمد لله وحده] (٢).

---

(١) سقط من أ .

(٢) زيادة من ب .

المسألة الثانية
في الأب إذا اشترى ابنه في مرضه

وفي هذه المسألة ثلاثة أسئلة :

الأول : إذا اشترى المريض في مرضه من يعتق عليه بالملك ؟

والثاني : إذا اشترى ابنه مع من يعتق عليه ؟

والثالث : إذا بتل عتق عبده في مرضه ، واشترى ابنه .

فالجواب عن السؤال الأول : إذا اشترى من يعتق عليه في مرضه ، فقد اختلف فيه المذهب على خمسة أقوال :

أحدها : أن عتقه من رأس المال كان ولدًا ، أو ولد الولد أو أخًا ، وهو قول أشهب في « الموازية » .

والثانية : أنه يخرج من الثلث أيًا كان ، وهو قول ابن القاسم في «المدونة » .

والثالث : التفصيل بين أن يكون العبد المشتري ممن يحجب غيره كالابن، والأب فيخرج من رأس المال ، أو ممن لا يحجب فيخرج من الثلث كالأخ ، والأم ، وهو قول ابن وهب .

والرابع : التفصيل بين الولد وغيره ؛ فالولد يخرج من رأس المال ، وغيره يخرج من الثلث .

والخامس : التفصيل بين أن يكون معه وارث يشاركه في الميراث ، فيخرج من الثلث ، أو انفرد بالميراث ، فيخرج من رأس المال ، وهو قول أشهب أيضًا .

ووجه قول من قال : إنه يعتق من رأس المال أيًا كان [كونه] [(١)] عتق سنة أو عتق اقتراف ، فتدخل فيه التهمة ، وهذا القول قائم من « المدونة » .

ووجه قول من قال : إنه من الثلثِ أيًا كان ؛ لكونه عتق اختياري لكون السبب الموصل إلى العتق باختياره ،وهو الشراء . وهذا على القول بأن المسبب كالمباشر .

ووجه قول : من فصل بين من يحجب ،ومن لا يحجب ؛ لأنه إن كان ممن يحجب كانت شبهته أولى ، وسببه أولى ، وأمره أقوى ؛ فلهذا قال : من رأس المال ، وهذا في الولد وولد الولد ؛ لأنهما محل الإجماع فيمن يعتق بالملك ، ومن عداهم من القرابة محل الخلاف .

ووجه القول بالتفصيل : بين أن ينفرد بالميراث أو يشاركه فيه غيره ؛ لأنه إذا انفرد بالميراث لم يضيق على أحد ،ولا أدخل عليه ضررًا ، ولا تهمة هناك ، فيكون من رأس المال مع ما في عتقه على المالك من الإجبار الشرعي .

فإن كان معه من يشاركه في الميراث اتهم المشتري على إدخال الضرر عليه ،وسوق الضيم إليه ، فيخرج من الثلث وزنًا بينهما بالمعيار الشرعي .

ووجه قول : من فصل بين الولد وغيره ، فجعل الولد يخرج من رأس المال ، وأصرف غيره إلى الثلث كون الولد يملك [استلحاقه] [(٢)] في الصحة والمرض ، ولا تهمة تلحقه ولا [ضيم يرهقه] [(٣)] ، فيقوى أمره ، ويترقى مقامه على من عداه ممن لا تصح فيه بهذا المعنى ، ولا يتصور فيه هذا المغزى لمن ثنى نسبه ، وتقاصر به سببه .

---

(١) في أ : عتقه .

(٢) في ب : استحقاقه .

(٣) في أ : صحة ترهقه .

وعلى القول بأن عتقه من رأس المال أيًا كان ، فإنه يرث المريض إذا مات وارتفعت الموانع .

وعلى القول بأنه يعتق من الثلث ولدًا كان أو غيره ، هل يرث من مال الميت بعد عتقه أم لا ؟

فالمذهب على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه يرث بقية المال إذا انفرد أو ما يصح بفرض أو تعصيب إن ازدوج ، وهو قول ابن القاسم في « المدونة » في « كتاب الوصايا الأول» .

والثاني : أنه لا يرث أصلاً ، وهو ظاهر « المدونة » أيضًا ؛ لأنه نص في غير ما موضع منها ، كما نص عليه في آخر « كتاب النكاح الثالث » أن الميراث لمن [وجب] (١) له يوم مات الميت ، وهو قول أصبغ في المذهب ، وهذا يوم مات الميت حكمه حكم العبد في حرمته وحدوده ، وأنه لو مات قبل النظر في الثلث ، فلا يرث ، ولا يورث بالحرية .

والثالث : التفصيل بين الولد وغيره ؛ فيرث إن كان ولدًا ، ولا يرث إن كان غيره لجواز [استلحاقه] (٢) كما قدمناه ، واستلحاق الولد قطع كل تهمة غير أنه في هذا القول أصرفه إلى الثلث ترددًا لا تعبدًا .

ووجه قول ابن القاسم : في « الكتاب » أنه يرث بقية المال إذا انفرد ، قال : وإن كان عتقه بعد الموت إلا أنه لما حمله الثلث ، فكأنه لم يزل عتيقًا منذ اشتراه فكان وقفه استقصاء ، واستبراء لمال الآمر في العاقبة كغريم يرد غرماؤه عتقه ثم أفاد مالاً قبل البيع .

وهذا توجيه لائق لولا معارضته بمسألة المبتل في المرض ؛ لوجود هذا

---

(١) في أ : وجبت .

(٢) في ب : استحقاقه .

المعنى فيها مع أن الحكم استصحاب حال الرق معه إلى وقت خروجه من الثلث [معه] (١) وانسلاله من ربقة العبودية ؛ فعند ذلك [تبتدأ] (٢) عليه أحكام الحرية.

ولو مات [وله] (٣) من يرثه بعد البتل ، وقبل خروجه من الثلث لم يوقف له منه ميراثه اتفاقًا ، ويلزم ابن القاسم في مسألة [الولد] (٤) المشترى أن يقول بذلك في مسألة المبتل ، فإن التزم بذلك فقياس ، وإن امتنع منه فإشكال والتباس .

وسبب الخلاف : في توريث المشترى بعد عتقه من الثلث اختلافهم في الدور العقلي ، هل يصح به الإبطال أم لا ؟

ومعنى الدور ما يؤدي إثباته إلى نفيه ، وصورته في مسألتنا أن إثبات الميراث يؤدي إلى إبطال الوصية ؛ إذ لا وصية لوارث ، وشراؤه إياه في المرض كالوصية له .

وإبطال الوصية يؤدي إلى إبطال العتق ، وإبطال [ق/ ٢٢٥/ ٢ ـ أ] العتق يؤدي إلى إبطال الميراث ، وإبطال الميراث يؤدي إلى تصحيح الوصية ، وتصحيح الوصية يؤدي إلى تصحيح العتق وثباته ، وإثبات العتق يؤدي إلى إثبات الميراث .

[فهكذا يكون] (٥) إثبات البعض على إبطال البعض .

والجواب عن السؤال الثاني : إذا اشترى ابنه مع من يعتق عليه ، فلا

---

(١) سقط من أ .

(٢) في ب : تبدو .

(٣) في أ : وبعد .

(٤) سقط من أ .

(٥) في أ : فهذا يكرر.

يخلو من أن يشتريهما صفقة واحدة أو اشترى واحدًا بعد [واحد] (١) .

فإن اشتراهما صفقة واحدة ، فعلى ثلاثة أقوال :

أحدها : أنهما يتحاصان في الثلث ، [وهو قول] (٢) أشهب في رواية البرقي عنه ،وهو ظاهر « المدونة » أيضًا لمساواتهما في العتق [والملك](٣).

والثاني : أن الابن يُبَدَّى من رأس المال ويرث ما بقي من المال ، وهذا على القول بأن له أن يشتريه بجميع ماله إذا لم يكن معه وارث ، وهو قول أشهب أيضًا ، وهو ظاهر « المدونة » في « كتاب المكاتب » وغيره ؛ لقوة أمر الابن ؛ إذ له أن يستلحقه ،وله أن يستحدثه.

والثالث : أن الابن يُبَدَّى في الثلث ، فإن حمله عتق ، وإن بقى شيء في الثلث عتق [منه] (٤) الأخ ، أو ما حمل منه ، وهو قول ابن المواز ، وهو ظاهر قول ابن القاسم في « كتاب الوصايا الثاني » من « المدونة ».

فإن اشترى واحدًا بعد واحد ، فإن اشترى الابن أولاً ، فعلى القول بأنه يخرج من رأس المال ، فإن الأخ يخرج من الثلث إن وسعه أو ما حمل منه ،ولا يرث الابن هاهنا إلا ما فضل عن عتق الأخ .

[وعلى] (٥) القول بأنه يخرج من الثلث ، فالأخ يخرج مما فضل منها إن فضل .

وإن اشترى الأخ أولاً ، فإنه يخرج من الثلث إن حمله [أو ما حمل

---

(١) في أ : أخرى .

(٢) في أ : وهي رواية .

(٣) في ب : بالملك .

(٤) في أ : فيه .

(٥) في أ : فعلى .

منه ثم يخرج الابن بعده من جميع ما بقى من المال إن حمله] [١] ويرث الفضل إن كان فيه بعد خروج قيمته.

فإن لم يحمله بقية المال ، وكانت قيمته أكثر منه لم يعتق منه إلا ما بقي من الثلث بعد خروج الأخ إن فضل منها شيء ، ويرق منه ما بقي ، وهو قول أشهب .

وقال ابن القاسم : ثم إن صار ما رق منه ميراثًا لمن يعتق عليه عتق عليه بقيته .

والجواب عن السؤال الثالث : إذا أبتل عتق عبد في مرضه ، واشترى ابنه ، فهل يتحاصان أو يبدأ بالابن ؟

قولان قائمان من «المدونة »:

أحدهما : أنهما يتحاصان ، وهو ظاهر « المدونة » في مسائل التَّبْدِيَة لتساويهما في التبدية ، واعتبار المال المأمون في كليهما .

والثاني : أن الابن مُبَدَّى ، وهو نص « المدونة » ، و[هو] [٢] ظاهر قوله فيها ألا فرق بين تقدم المبتل على الشراء أو تأخره ؛ لقوله في «الكتاب» : [لأن] [٣] مالكًا إنما جعله وارثًا إذا خرج من الثلث كان بمنزلة ما لو اشتراه صحيحًا .

وهذا لا يستقيم لابن القاسم ؛ كيف يتساوى شراؤه في الصحة، وشراؤه في المرض ، وهو لا يعتق إلا بعد الموت ، وإن ماله لو تلف قبل الموت لرق لورثته ، ولو مات له ابن أو أخ قبل النظر في الثلث ، وبعد

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) في أ : كان .

الشراء لم يرث منه شيئًا ، ولا يوقف لـه منه ميراثًا ؛ فهذا معضل أدب إلا أن يكون ابن القاسم اعتبر قول من يقول : إنه يعتق من رأس المال ، والمبتل في المرض ماله إلى الثلث على كل حال ، فيصح ما قال . وبالله التوفيق ، [والحمد لله وحده] [١].

(١) زيادة من ب .

المسألة الثالثة
في الوصية المُطْلَقَة والمُقَيَّدَة

ولا تخلو الوصية [ق/٢٢٧ب] من وجهين :

أحدهما : أن تكون مطلقة .

والثاني : أن تكون مقيدة .

فأما الوجه الأول : إذا كانت مطلقة ، فلا تخلو من أن تكون لفظًا من غير [كتاب] (١) ، أو تكون بكتاب .

فإن كانت لفظًا بغير كتاب ، فلا خلاف في نفوذها إذا لم يغيرها ، ولا نسخها حتى مات .

فإن كانت بكتاب ، فلا تخلو من أن يقر الكتاب بيده ، أو يدفعه إلى غيره .

فإن أقره على يده ، ولم يغيره حتى مات ، وشهدت البينة على عينه ، فلا خلاف في نفوذ الوصية أيضًا .

فإن وضعه على يد غيره ، وأقره حتى مات ، فكذلك أيضًا .

فإن استرجعه من يد من وضع على يديه ، هل يكون استرجاعه دليلاً على الرجوع ، فتبطل الوصية ،وإن وجدت عنده ، أو لا يعد ذلك رجوعًا، فإنه يتخرج على قولين متأولين على « المدونة » :

أحدهما : أن ذلك دليل على الرجوع في الوصية ،وإن وجد الكتاب عنده بعد الموت ، وهو تأويل ابن شبلون وغيره على « المدونة » .

---

(١) في أ : كتب .

والثاني : أن استرجاعه لا يعد منه رجوعًا مع وجود ذكر الوصية عنده ، وهو تأويل ابن أبي زيد على « المدونة » ، وقال : معنى ما في « الكتاب » أنها تبطل إذا استرجعها إنما هو في المقيدة لا في المطلقة.

وتردد الشيخ أبو عمران في التأويل ،ولم يرجح أحد الجانبين على الآخر ، وقال : لفظ « الكتاب » محتمل لمعنيين ،وفيه إشكال .

وهجم على المسألة أبو الوليد بن رشد ، فأطرد وما تردد ، وقال في هذا الوجه لا خلاف في البطلان ؛ وذلك سَدٌ لباب التأويل والجمود على [اتباع الظواهر] (١) ، وليس ذلك من ديدنه .

وأما الوجه الثاني من أصل التقسيم : إذا كانت الوصية مقيدة بسفر بعينه أو مرض بعينه ، أو حصول غرض يرجوه بعينه ؛ إما غرض دنيوي إن شفاه الله من مرضه ، أو قدم غائبه ، وإما غرض أخروي كقوله : إن فتح الله عليّ بحجة في هذا العام أو غيره ، أو غزوة فعبدي فلان حر أو عليّ عتق رقبة ، أو صدقة ، كذا فلا يخلو من وجهين :

إما أن يكون ذلك لفظًا بغير كتاب .

والثاني : أن يكون لفظًا وكتابًا .

فإن كان لفظًا بغير كتاب ، ومات من ذلك المرض ، أو ذلك السفر أو حصل [له] (٢) الغرض المطلوب ،فلا خلاف في نفوذ الوصية .

فإن مات من سفر ثان ، أو من مرض آخر ، هل تنفذ الوصية أو تبطل؟قولان :

ابن القاسم أبطلها في المدونة ، وأشهب أنفذها في غير المدونة .

---

(١) في ب : إثبات الظاهر .

(٢) سقط من أ .

فإن كانت الوصية بكتاب ، فلا تخلو من ثلاثة أوجه :

أحدها : أن يقر الوصية بيده .

والثاني : أن يضعها على يد أمين .

والثالث : أن يسلم الكتاب إلى البينة .

فإن وضع الكتاب عند نفسه ، ولم يخرجه [من يده] (١) حتى مات فلا يخلو من وجهين :

أحدهما : أن يموت من ذلك المرض أو من ذلك السفر .

والثاني : أن يموت من مرض آخر .

فإن مات من ذلك المرض ، أو من ذلك السفر ، فلا يخلو من وجهين :

أحدهما : أن تكون مختومًا عليها بخاتم غيره .

والثاني : أن تكون مفتوحة أو مختومًا عليها بخاتم نفسه .

فإن كانت مختومة بخاتم البينة ، ولم يسترب الشهود في خاتمهم عند الموت ، فلا خلاف في نفوذها سواء قرأها الشهود أو قرئت عليهم [أو أشهدهم] (٢) على عين الكتاب من غير أن يقرؤها ،ولا قرئ عليهم فذلك جائز ، إلا أن أكثر الناس لا يريدون الاطلاع على أسرارهم في وصاياهم في حياتهم .

وإن كانت مفتوحة أو مطبوعة بطابع نفسه ، فهل تجوز الشهادة بعد الموت أم لا ؟ فعلى قولين قائمين من المدونة :

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

أحدهما : أنه لا يجوز له الإشهاد عليها على تلك الصفة حتى يدفع الكتاب إلى الشهود ؛ مخافة من الزيادة أو النقصان ، [وهو ظاهر] [١] رواية ابن وهب في « المدونة » ، وهو قول عبد الملك في غيرها .

والثاني : أن الشهادة على تلك الصفة جائزة ، وهو ظاهر قول ابن القاسم في « الكتاب » إذا عرفوا الكتاب بعينه ، وظاهر قوله هذا أن الكتاب كان بيد الموصي ، وإلا فما فائدة تعيينهم الكتاب ؟

واختلف المتأخرون في تأويل قول ابن القاسم على ثلاثة أقوال :

فمنهم من قال : معنى قول ابن القاسم إذا لم يكن في الكتاب محو ، ولا إلحاق ، وأما إذا كان فيه محو أو إلحاق فلا تجوز الشهادة [عليها] [٢]؛ لاحتمال أن يحدث ذلك بعد الشهادة .

ومنهم من حمله على ظاهره ؛ فجوز الشهادة عليه ـ كان فيه محو أو إلحاق أم لا ـ وينفذ الجميع إذا لم يغير المحو معنى ، فإن غيره فإنه ينفذ ما لم يغير ؛ [لأنه] [٣] لما أشهدهم على ما فيها وعلى عينها ، وعينها عنده، فكأنه أشهدهم على كل ما يريد فيها ، أو يقر عليه أمره ، وهو تأويل اللخمي .

ومنهم من حمل قول ابن القاسم على أن كتاب الوصية كله مُسَوّد [بالكتابة] [٤] لا بياض فيه، ولو كان البياض فيه ،وأمكن فيه الاستلحاق أو وجد فيه محو فلا تنفذ الوصية ، ولا تجوز الشهادة عليها ، وهو تأويل أبي

(١) في أ : وهي .
(٢) في أ : عليه .
(٣) في أ : فإنه .
(٤) في أ : بالكتاب .

عمران الفاسي .

فأما إن مات [من] (١) غير ذلك المرض ، أو من سفر آخر هل تنفذ وصيته ،ويعمل بمقتضاها أم لا ؟ فعلى قولين قائمين من المدونة ، منصوصين لمالك في « المجموعة » ، و« العتبية » :

أحدهما : جواز الوصية ونفوذها .

والثاني : إبطالها حتى يخرجها من يده إلى يد غيره .

أما [بطلانها] (٢) فمن قوله في « الكتاب » في الباب الثاني : وليس من يريد أن يجيز وصيته يأخذها ،ويجعلها على يدي نفسه ، وإنما تنفذ إذا جعلها [على يد غيره ،وهو قوله آخر الكلام : وإنما تنفذ إذا جعلها] (٣) بيد غيره . ومن قوله أيضًا : إذا أمسكها عند نفسه حتى مات ، فإن وصيته جائزة .

قال ابن القاسم : وهذا إذا كانت الوصية مبهمة لم يذكر فيها من مرضه، ولا من سفره .

وأما ما يدل على القول الثاني من الكتاب : فقوله بعد هذه المسألة : إذا أوصى فقال : إن حدث لي من مرضي هذا أو سفري هذا ، فلفلان كذا ، وكتب ذلك فبرأ من مرضه أو قدم من سفره .

وهذا التخريج ظاهر صحيح .

ويدل على القولين أيضًا قوله في الكتاب : وإنما اختلف الناس في السفر والمرض .

---

(١) في أ : عن .

(٢) في أ : بطلانه .

(٣) سقط من أ .

وأما الوجه الثاني : إذا كتبها ووضعها على يد أمين ، فإنها تنفذ ويعمل بمقتضاها إذا وجد الكتاب سليمًا من مَحْو [ق/ ٢٢٦/ ٢ ـ أ] أو لحْن .

فإن وجد فيه محو أو لحن هل يعمل بمقتضاها ؛ لأنه جعله أمينًا ، أو لا يعمل بها ؛ لأن المحو واللحن ريبة ؟

فقولان قائمان من المدونة ، وظاهر قول ابن القاسم في « الكتاب » ألا تجوز ؛ لأنه قال : إذا قالت البينة : قد كتبت وصيتي ، وجعلتها عند فلان فصدقوه ، فقال فلان : إنما أوصى بها لا بني : أنه لا يصدق .

وظاهر قول الغير فيها أنه يصدق ؛ لأنه أمين في السؤالين .

وأما الوجه الثالث : إذا أسلمها إلى البينة ، فلا يخلو من أن تكون مفتوحة أو مختومة بختم غيرهم أو بخاتمهم .

[فإن كان الكتاب مختومًا بخاتمهم] [١] أو بخاتم الموصي ، فلا خلاف في نفوذها .

وإن كانت مفتوحة مطوية أو منشورة فوضعوها الشهود في موضع غلقهم [عليها] [٢] وحده لتمكن الغيبة عليها لبعضهم دون بعض ، فلا إشكال في النفوذ أيضًا .

وإن كانت عند بعضهم ،فهل تجوز شهادة الباقين [عليها][٣] أم لا ؟ على ثلاثة أقوال :

أحدها : أن شهادتهم [كلهم] [٤] عليها جائزة إذا عاينوا الكتاب

---

(١) سقط من ب .
(٢) في أ : عليهم .
(٣) سقط من أ .
(٤) في أ : كلها .

وعرفوه ، وهو ظاهر قول ابن القاسم فـي « الكتاب » على تأويل من حمل قوله : إذا عاينوه ، وعرفوه أن الكتاب كان موضوعًا عند الشهود .

والثاني : أنه لا يشهد إلا من وضع عنده خاصة ، وهو قول أشهب في غير المدونة ، وهو ظاهر رواية ابـن وهب في « الكتاب » ؛ لأنه اشترط ألا يفضوا خاتمه إذا كان مختومًا ؛ مخافة الزيادة فيه أو النقصان .

وظاهر هذا الكلام أن شهادة الآخرين لا تجـوز عليه كأنهم لا يدرون ما أحدث فيه من وضع على يديه .

وقد سئـل مالك ـ رحمـه الله ـ عن هذه المسألـة ، فقال : يشـهد من وضع على يديه ، ولا أدري كيف يشهد الآخرون .

والثالث : أنهم يشهدون على مبلغ علمهم ،ويجهلوا ما تجهلوا.

وهذا كله إذا مات ،والكتاب بيد من وضع على يديه ، ولم يسترجعه.

وأما إن استرجعه بعد برئه ، أو بعد قـدومه من سفره ، فالوصية باطلة اتفاقًا [والحمد لله وحده] (١).

(١) زيادة من ب .

المسألة الرابعة

فيمن قال : وصيتي عند فلان فصدقوه

وفي هذه المسألة ثلاثة أسئلة :

أحدها : أن يقول الميت : وصيتي عند فلان ، فأنفذوا ما فيها.

والثاني : أن يقول : قد أوصيت فلانًا بوصيتي ، فصدقوه.

والثالث : أن يقول : فلان يجعل ثلثي حيث أراه الله أو حيث شاء .

فالجواب عن السؤال الأول : إذا قال : وصيتي عند فلان ، فأنفذوا ما فيها ، وأشهدوا على ذلك ، ثم مات الموصي ، هل تنفذ وصيته أم لا ؟

فالمذهب على ثلاثة أقوال :

أحدها : أن الوصية جائزة ، وعلى الورثة إنفاذها ـ كان الذي وضعت عنده عدلاً أو غير عدل ـ ، وهو قول سحنون في « العتبية » .

والثاني : أن ذلك لا يجوز ، ولا يلزم الورثة إنفاذها ، إلا أن يكون عدلاً ، فيجوز في العتق وغيره ، وهو قول ابن القاسم في « العتبية » ، و« الموازية » .

والثالث : أنه يجوز فيما عدا العتق من الوصايا ، ويلزم الورثة إنفاذه ، ولا يجوز في العتق ؛ إذ لا يلزم في العتق بشاهد واحد ، وهو أحد قولي مالك في « العتبية » ، و« الموازية ».

والجواب عن السؤال الثاني : إذا قال : أوصيت فلانًا بوصيتي فصدقوه، فإنه ينظر ، فإن قال : إنما أوصى بها للمساكين أو لموضع كذا مما هو من وجوه الخير صدق قولاً واحدًا ، وإن قال : إنما أوصى بها لنفسي أو

لولدي هل يصدق أم لا ؟

فالمذهب على قولين منصوصين في المدونة :

أحدهما : أنه لا يصدق ، وهو قول ابن القاسم ؛ لأنه شاهد لنفسه ، ولمن لا تجوز له شهادته .

والثاني : أنه يصدق ، وهو قول أشهب ؛ لأن الميت أمر بتصديقه ، وليس مثل الذي شهد لابنه .

والجواب عن السؤال الثالث : إذا قال : فلان يجعل ثلثي حيث أراه الله أو حيث شاء ، فإنه يصرفها في سُبُل الخير ، ووجوه البِّر ، ولا ينبغي له أن يأخذ منها لنفسه ، ولا لابنه شيئًا ، فإن فعل وكان ذلك موضعًا لها لاستحقاقهم لها ، وأعطاهم كما يعطي غيرهم جاز ، فإن لم يستحقوا أخذ الصدقة ، فإن ذلك مردود ؛ لأنه فوض إليه ليجتهد فلم يجتهد ، وهو قول أشهب في « المجموعة » و« الموازية » .

وكذلك لو أعطى منها [أقارب] [1] الميت ، فلم يعطهم إلا كما يعطي غيرهم من الناس ، وهي رواية علي عن مالك في « كتاب ابن عبدوس » .

وإن أعطاهم ولم تكن بهم حاجة ،ولم يجز الورثة ما فعل ، فإن ذلك مردود ، ويعود ميراثًا إلا أن يجعلها في سبيل الخير ؛ لأن الميت إنما قصد وجه الصدقة ، وهو قول ابن القاسم .

ولو أوصى إليه أن يجعل ثلثه في أفضل ما يراه ، وأقربه إلى الله سبحانه ، هل يعتق به رقابًا أو يتصدق ؟ فأيهما أفضل ؟

فقال مالك : الصدقة أفضل من العتق ، وقال أصبغ : العتق أحب إليّ.

---

(١) في أ : أقاريب .

وذلك ـ والله أعلم ـ يختلف باختلاف الأحوال ، ورب زمان تكون فيه الصدقة أفضل من العتق ، ورب زمان يكون فيه العتق أفضل من الصدقة ، وإنما يعرف ذلك عند النزول ، والحمد لله وحده .

المسألة الخامسة
فيمن أوصى لعبده بثلث ماله

ولا تخلو وصية السيد لعبده من ثلاثة أوجه :

أحدها : أن يوصى له بثلث ماله .

والثاني : أن يوصى له بجزء دون الثلث أو بشيء [ق/٢٢٨ب] بعينه.

والثالث : أن يوصى له بدنانير أو بشيء معين ، فإن أوصى له بثلث ماله ، فلا يخلو من أن ينفرد بالثلث أو ضايقته فيها وصايا آخرين .

فإن انفرد بالثلث فلا يخلو من أن تكون قيمة العبد كفاف الثلث ، أو كانت أكثر من الثلث.

فإن كانت قيمته كفاف الثلث ، أو أقول فالعبد قد ملك من نفسه الثلث، فيعتق منه ما ملك من نفسه .

وهل يستتم عليه عتق نفسه فيما بقى من الثلث أم لا ؟ على قولين :

أحدهما :أنه يستكمل عليه ، وهو قول مالك في « الكتاب » .

والثاني : أنه لا يستكمل عليه ، ولا يعتق من العبد إلا الثلث خاصة ، وهو قول المغيرة ، والمخزومي .

وسبب الخلاف : هل العبد مجبور على قبول الوصية ثم لا تقويم عليه؛ لأن العتق من السيد ، وقد مات والميت لا يقوم عليه ، أو غير مجبور ، فيكون قبول الوصية من إيثار العد واختياره .

فإذا قبل فكأن العتق منه صدر فيستتم عليه عتق بقية نفسه في بقية الثلث.

فإن كانت قيمته أكثر من الثلث ، فلا يخلو من أن يكون بيد العبد مال أو لم يكن .

فإن لم يكن بيده مال ، فإنه يعتق منه ثـلثه اتفاقًا ، وباقيه مما حمل منه ثلث الميت على الخلاف الذي قدمناه .

فإن كان له مال هل يستكمل فيه بقية عتقه أم لا ؟

فالمذهب على قولين منصوصين في «المدونة » :

أحدهما : أنه يستكمل فيه عتقه كما يستكمل بقية الثلث إذا كانت قيمته كفاف الثلث ، وهو قول ابن القاسم .

والثاني :أنه لا يستكمل فيه ، وهي رواية ابن وهب في « الكتاب » .

وسـبب الخـلاف : هل يغلب حق العبد في الـعتق على حق الورثة في مال العبد لقوة أمر العتق ، ولتقدم الـسبب الموجب للتقويم ـ وهو الوصية ـ على السبب الموجب لثبوت حق الورثة في المال ـ وهو الموت ـ أو يغلب حق الورثة ؛ لأن الـشركة ثبـتت لهم فـي مال العبـد بنفس المـوت ، ووجوب الميراث ووجوب التقويم ،وردا على محل مـن غير أن يسبق أحدهما الآخر إلى المحل ، فيكـون المال موقوفًا بيد العبـد على سنة العبد المعـتق بعضه ، فيسقط التقويم إلا أن يدفع لهم العبد قيمة بقية رقبته من غير ذلك المال كما وهب له في الحال بشـرط أن يفدي به نفسه ، فيرجع الخـيار إلى الورثة بين أن يعتقوا أو يقوموا .

وفرق مالك ـ رحمه الله ـ بين ما بيد العبد من المال ،وبين ما فضل من الثلث عن ثلث رقـبته ؛ [فجعله] [١] يقوم في بقية الـثلث ؛ لأنه مال لم يتقـدم للورثة فيه شـرك ؛ لأن العبد معهـم كالوارث، ومدخلهـم في المال

(١) في أ : فجعل .

مدخل واحد بكون هذا موصى له ، وهذا وارث ، بخلاف ما كان بيده من المال ، فقد تقدم لهم فيه شرك؛ إذ بالموت يملك العبد من نفسه الثلث [وملك] (١) من ماله قدر ذلك ، والباقي على ملك الورثة ؛ فالشركة قد حصلت بينهم ، وبين العبد قبل الحكم بينهما بما تقتضيه الشريعة ، فافهم هذا المعنى ، فإنه فقه جليل لا يتفطن له إلا نبيل .

وأما إن زاحمته الوصايا أو ضايقته في الثلث ، فلا تخلو تلك الوصايا من أن تكون وصية بمال أو وصية بعتق .

فإن كانت وصية [بمال] (٢) فقد اختلف فيه على ثلاثة أقوال :

أحدها : أن يبدأ بثلث العبد ، فإن فضل عن ثلثه من ثلث مال الميت شيء حاصص فيه أهل الوصايا [بما] (٣) بقى من قيمة رقبته ، وهو قول المغيرة .

والثاني : أنه يبدأ بالعبد إلى منتهى عتقه ، ثم يتحاصان مع أهل الوصايا فيما بقي له من الثلث في بقية الثلث ؛ لأنه على الميت يعتق ، وهو قول عبد الملك بن الماجشون .

والثالث : أنهما يتحاصان مع أهل الوصايا بجميع الثلث ،ولا يبدى من العبد شيء ، وهو ظاهر قول ابن القاسم في « الكتاب » .

وسبب الخلاف : هل العتق من العبد أو من السَّيد ؟

فمن رأى أن العتق من السَّيد قال : [العبد] (٤) يُبَدَّى ، ومن رأى أن العتق من العبد قال : يتحاصان .

---

(١) سقط من أ.

(٢) في أ : بعتق .

(٣) في أ : لما .

(٤) في أ : العتق .

فإن كانت وصيته بالعتق ، فهل يُبَدَّى بالعتق على الوصية للعبد بالثلث أم يتحاصان ؟ فعلى قولين :

أحدهما : أن العتق يُبَدَّى ؛ لأنه من السيد مباشرة ، وهو قول ابن القاسم .

والثاني : أنهما يتحاصان ؛ بناء على أن العتق في الوجهين من السيد ، وهو قول المغيرة.

والجواب عن الوجه الثاني : إذا أوصى لعبده بجزء من ماله دون الثلث؛ مثل أن يوصى لعبده بسدس ماله ، وبثوب بعينه أو بعبد آخر [ق/ ٢٢٧/ ٢أ] وهو كفاف الثلث ، فالعبد قد ملك من نفسه السدس ، فالحكم في التقويم على ما بيناه في الوجه الأول فلا تكرار .

والجواب عن الوجه الثالث : إذا أوصى له بدنانير ، أو بشيء معين ، فلا يخلو من أن يحمل الثلث وصيته أو لا يحمل .

فإن حملها الثلث ، فلا يعتق من العبد شيئًا اتفاقًا ؛ لأن العبد لم يملك من نفسه شيئًا .

وإن لم يحمله الثلث ، فالخيار في ذلك للورثة ؛ إن أجازوا وصيته ، فلا يعتق من العبد شيء أيضًا ، وإن لم بجيزوها قطعوا للعبد بثلث جميع مال الميت إما في ذلك الشيء بعينه [على قول] [1] ثم لا يعتق منه شيء أيضًا، أو في جميع مال الميت شائعًا ، والعبد من حملة المال ، وقد ملك من نفسه شيئًا ؛ فيجري الحكم فيه على ما قدمناه في الوجه الأول حرفًا حرفًا. والحمد لله وحده .

---

(١) في ب : على قولين .

المسألة السادسة
في وصية المحجور عليه

والمحجور عليه ضربان : محجور عليه لعارض الطفولية ، ومحجور عليه لعارض السَّفَه ، وعدم التمييز بين مصلحة المال ومفسدته .

فأمَّا المحجور عليه لعارض الطفولية ، فله حالتان : حالة لا يعقل فيها معنى القربة ، وحالة يعقل فيها معنى القربة .

فأما الحالة التي لا يعقل فيها معنى القربة ، فهو فيها كالبهيمة لا يتوجه [عليه] (١) [فيها] (٢) الخطاب في أمر من الأمور إلا فيما أفسد أو كسر إذا كان يعقل الأثر جاز ،وإلا بكفاف إذا نهى على ما أشار إليه ابن المواز .

والزكاة وإن كانت تؤخذ من ماله ، وإنما خوطب بها الأولياء على ما هو مبسوط في أمهات المذهب .

وأما الحالة التي يعقل فيها القربة كابن سبع سنين فما فوقها فلا خلاف ـ أعلمه ـ في المذهب في جواز وصيته ؛ لأنه قصد [بها] (٣) القربة لنفسه لكونه مندوبًا إلى فعل الطاعات في تلك الحال كالصلاة ، وقد قال النبي ﷺ للتي رفعت ابنها من المحفة ،وقالت : ألهذا حج يا رسول الله ؟ قال : « **نعم ، ولك أجره** » (٤).

فإن كان ثابت الذهن ، ولم يكن في وصيته اختلاط ، وأصاب وجه الوصية ، فوصيته نافذة باتفاق المذهب ، خلافًا للحنفي ، والشافعي في

---

(١) سقط من أ .
(٢) في أ : فيه .
(٣) في أ : به .
(٤) تقدم .

أحد قوليه .

فإذا ثبت ذلك ، فإن أوصى إلى غيره وصية أن يفرق ثلثه في وجوهها، فلم يجز وصيه له ذلك ، فذلك للوصي ألا يلي غيره تفرقة ثلثه ؛لأن ذلك من حقه ، وهو من باب التصرف في مال الصغير بغير إذن وَلِيه .

واتفق المذهب ـ فيما علمت ـ أن تدبير الصبي لعبده لا يجوز ، وإن حمله الثلث بخلاف الوصية .

فإن كان التدبير قربة تخرج من الثلث بعد الموت كالوصية ، إلا أن جواز وصيته على خلاف الأصل ، وإنما اتبع فيها أثر عمر ـ رضي الله عنه ـ عنه وبقي ما عداها على الأصل .

وأما المحجور عليه لعارض السَّفَه ،وعدم التمييز بين مصلحة المال ، ومفسدته ، فوصيته جائزة قولاً واحدًا في المذهب ، وفي تدبيره لعبده أربعة أقوال :

أحدها : أنها جائزة في الصحة ، والمرض كالوصية ، وهو قول ابن كنانة في « المجموعة » ؛ لأن الوصية والتدبير لا يقعان عليه إلا بعد الموت؛ لأنه إنما يمنع في حياته من التصرف في ماله إلى رشد ، فإذا جاء الموت لم يمنع من خير يفعله في ثلثه ، ولو منع لكان توفيرًا على [الورثة] [1] وهو أحق من الوارث بالثلث .

والثاني : أنه لا يجوز تدبيره أصلاً ، ويبطل ، وإن بقى العبد بيده حتى يلي أمر نفسه لم يلزمه ، وهو قول أشهب في « المجموعة » ،و« الموازية».

والثالث : أنه يجوز في المرض ، فإذا صح من مرضه بطل ، وهو قول ابن القاسم في « الموازية » .

---

(١) في أ : الوارث .

والرابع : التفصيل بين أن يكون العبد المدبر غالي الثمن ، فلا يجوز تدبيره ، وبين أن يكون قليل الثمن ، فيجوز تدبيره ، وهو قول عبد الملك في « الموازية » .

واتفقوا على وصية المجنون والمغلوب [على عقله] (١) قبل إفاقته أنها باطلة ، وبعد الإفاقة جائزة .

وأمّا المرتد فإن قتل على ردته أو مات فوصاياه باطلة ، وإن رجع إلى الإسلام ثم مات ، فإن كانت تلك الوصايا مكتوبة جازت كلها ، وإن كان لفظها بغير كتاب فهي باطل ، وكذلك لو أوصى بها في حال الردة ، وهو قول أصبغ في « الواضحة » [والحمد لله وحده] (٢) .

---

(١) في أ : عليه .

(٢) زيادة من ب .

المسألة السابعة
في الوصية للقاتل

ولا يخلو ذلك من وجهين :

أحدهما : أن يوصي له بعد أن قتله .

والثاني : أن يوصي له قبل أن يقتله.

فإن أوصى له بعد أن قتله ؛ مثل أن يضربه فأنفذ مقاتله ثم أوصى له : فلا يخلو من أن يكون قتله عمدًا أو خطأ .

فإن كان عمدًا فلا يخلو من أن يعلم الموصي بأن الموصى له هو الذي ضربه أو لا يعلم .

فإن علم بأنه الذي ضربه ، فالوصية في ماله اتفاقًا .

وهل [تدخل] [1] في الدِّية إذا قبلت أم لا ؟ قولان :

مذهب « المدونة » أنها لا تدخل فيها ،وهو المشهور .

والثاني : أنها تدخل فيها بناء على أن الوصية تدخل فيما علم به الموصي ،وفيما لم يعلم .

فإن لم يعلم بذلك هل تبطل الوصية أم لا ؟

فالمذهب على قولين متأولين على « المدونة » :

أحدهما : أن الوصية جائزة في المال دون الدِّية ، سواء علم بذلك أو لم يعلم ، وهو تأويل ابن أبي زيد على المدونة ، وهو نص قول ابن المواز، وهو قول أشهب ،وإليه نحا ابن أبي زمنين ، وما وقع لابن القاسم

(١) في أ : تكون .

في « كتـاب الهبات» يقوى هـذا التأويل حيـث قال : لأنه طلب تعـجيل الوصية ، فإذا كانت الوصية بعد الضرب فقد انتفت التهمة ؛ لأنه لم يقصد إلى تعجيل شيء .

والثـاني : أنه متى لم يعلم أنه قاتـله ، فلا وصية له في مال ولا دية ، وعليـه حمل قوله فـي « الكتاب » : إلا أن يكون عـلم أنه قاتلـه عمدًا ، فأوصى له بعد علمه ،[وهذا] [1]نص قوله في « كتاب الوصايا الأول » ، وإليه نحا اللخمي .

فإن قتله خطـأ ،فالوصية تدخل في المال مع الـعلم قولاً واحدًا ، وفي عدم العلم قولان على ما قدمناه في العمد .

وهل تدخل في الدِّية أو لا تدخل ؟ على قولين متأولين على «المدونة»:

أحـدهمـا : أنها تدخل فـيها ؛ لأنه مال علم به ، وهـو نص قوله في «كتاب الوصايا الأول » ؛ ولأنه جوز له فـي « الكتاب » أيضًا أن يوصى له بما عليه من الدِّية ، وإسقاطها عنها .

والـثـانـي : أن الوصية لا تدخـل فيها إلا بالنص عليـها ؛ لأن القاتل [ممن][2] يؤدي فيها ، وعنه تؤدي ؛ فصار كأنه لم يؤد شيئًا ، وهو قول ابن المواز إذا تقدمت الوصية على الضرب ، وعاش بعد ذلك .

والثالث : التفصيل بين أن يعلم الموصي بذلك ، أو لا يعلم ؛ فإن علم كان في المـال والدِّية ، وإن لم يعلـم كان في المال دون الدِّية ، وهـو ظاهر قوله في « كتاب الوصايا الأول » في « المدونة » في آخر الباب حيث قال : جاز له كل ما أوصى له في المال ، والدية إذا علم ذلك منه في الخطأ .

---

(١) في أ : وهو .

(٢) في أ : مما .

وإن كان المتأخرون قد اختلفوا في تأويل قوله في بعض الروايات ، ونص قوله : إذا كانت الوصية بعد الضرب عمداً كان أو خطأ جاز له كل ما أوصى له به في المال والدية جميعًا إذا علم منه ذلك في الخطأ ، وهي كلمة فيها إشكال .

وقال بعض المتأخرين : بيان ذلك أن قوله : « جاز له كل ما أوصى له في به في المال » تمام الكلام وعائد كله على العمد والخطأ ، ثم استأنف الكلام في مسألة الخطأ خاصة ، فقال : « وفي الدِّية جميعًا إذا علم بذلك في الخطأ » ، وخص ذكر الدِّية [ق/٢٢٩ب] في الخطأ فقط ، وعلى هذا المعنى فسرها سحنون ، واختصرها عليه ابن أبي زمنين ، واختصرها بعض المختصرين على خلاف هذا ،وهو خطأ .

وقال الشيخ أبو عمران الفاسي : لا يحمل كلامه أنه أراد دخوله في ديته في العمد ، وإنما يعني ذلك الخطأ خاصة .

وقوله هنا إذا علم تصحيح تأويل من ادعى العلم على مذهب الكتاب.

وأما الوجه الثاني :إذا قتله بعد الوصية ، فلا يخلو من وجهين :

أحدهما : أن يموت بفور ما ضربه .

والثاني : أن يعيش بعد ذلك أيامًا .

فإن مات بفور ما ضربه ، فإن كان القتل عمدًا ، فالوصية باطلة ، ولا تكون لا في المال ، ولا في الدية ؛ لأنه قد استعجل ما أجله الله تعالى ، ولا خلاف في هذا الوجه .

فإن كان القتل خطأ ، فالوصية ثابتة في المال قولاً واحدًا ، وهل تدخل في الدية أم لا ؟ على قولين :

أحدهما : أنها لا تدخل في الدية أصلاً ، وهو نص المدونة ، وهو

مشهور المذهب .

والثاني : أنها تدخل في الدِّية كما تدخل في المال .

وسبب الخلاف : اختلافهم في الوصايا ، هل تدخل فيما علم به الموصي من المال ، وفيما لم يعلم ، أو لا تدخل إلا فيما علم خاصة ، فمن رأى أنها تدخل فيما علم ، وفيما لم يعلم قال : تدخل في الدِّية ، وهذا القول حكاه اللخمي في المذهب ، وذكر القاضي الحفيد في كتاب «النهاية » [أنه] (١) أحد قولي مالك ، وأنه مذهب الشافعي .

ومن رأى أنها لا تدخل إلا فيما علم قال : لا تدخل في الدية ؛ لأنه مال لم يعلم به .

فإن عاش بعد ضربه أيامًا ثم مات فلا يخلو من أن يكون قتله عمدًا أو خطأ .

فإن كان عمدًا وعاش بعد ذلك ، وعلم ما هو فيه ، فلم يبطل الوصية، ولا غيرها حتى مات ، هل تبطل الوصية أم لا ؟

فإنه يتخرج على ثلاثة أقوال كلها قائمة من « المدونة » :

أحدها : أن الوصية باطلة بكل حال حتى يجددها له بعد [ق/ ٢٢٨/ ٢ـأ] الضرب ، وهو قوله في المُدَبَّر إذا قتل سيده عمدًا ثم حيى بعد ضربه إياه ثم مات أن تدبيره باطل حتى يجدد له الوصية بالتَّدْبِير .

والثاني :أن الوصية ثابتة كما كانت ،وتكون في المال ؛ لأن سكوته عنها بعد علمه كالمجيز [لها] (٢) وهو ظاهر قوله في « كتاب الديات » من « المدونة » حيث قال : إذا عاش وعرف ما هو فيه [ولم] (١) يغير

---

(١) في أ : أنها .

(٢) سقط من أ .

الوصيـة، فإن الوصية جـائزة له ، وتدخـل في الدِّية إن كان خـطأ ، وهو تأويل بعض الصقليين على المدونة .

والـثالـث : التفصيل بين أن تكون الوصـية بلفظ أو كتاب ؛ فإن كانت بلفظ فهي باطلة حتى يجددها ، وإن كانت بكتابة فهي نافذة حتى يغيرها أو يرجع فيها .

وسبب الخلاف : الاستدامة هل هي كالإنشاء أم لا ؟

فمن رأى أن استـدامة الشيء كإنشائـه قال : الوصية نافذة حـتى ينص على الرجوع فيها ؛ لأن سكوته عن تغييرها كالمجيز لها .

ومن رأى أن الاسـتدامة ليـست كالإنـشاء قال بـبطلان الوصـية ؛ لأن الموصى له قد أحدث مـا يبطل وصيته ، وهي في الجناية الـصادرة منه على معنى العمد ، فيعمل بمقتضى الجناية حتى يجددها الموصى مرة أخرى .

فإن كان قتله خطأ ، فالوصية تدخل في المال قولاً واحدًا.

وهل تدخل في الدِّية أم لا ؟

فإنه يتخرج على قولين قائمين من « المدونة » منصوصين في المذهب :

أحـدهمـا : أن الوصية تدخل في المال ، والـدِّية ؛ لأنه مال علم به ، وهو قول مالك في « كتاب الديات » من « المدونة ».

والثـاني : أنها لا تدخل في الدية أصـلاً ، وهو قول مالك في « كتاب ابن المواز » ، وهـو أضعف الأقوال ؛ ووجهـه عندهم أن الموصـى له هو الغارم مع العاقلة ، فمتى دخلت فيها وصيته ، فكأن بعض الدِّية قد بطل ، وهذا الكلام ضعيف ؛ لجواز وصية المقتول للقاتل بديته .

---

(١) في أ : فلم .

فرع

فإن كان القتل عمداً ، فقال المقتول : إن قبل أوليائي الدِّية ، فالوصية فيها ، فهل تدخل [فيها] [١] الوصايا أم لا ؟ فإنه يتخرج على قولين :

أحدهما : أن الوصايا لا تدخل فيه ؛ لأنه مال غير محقق ، والميت لم يعلم به ، وهو قوله في « كتاب محمد » .

والثاني : أن الوصايا تدخل فيه ؛ [لأن الميت أوصى أن تدخل فيه] [٢] إن [قبلوا] [٣].

وهما قولان قياسيان .

وأما إذا عدا ابن الموصى له على الموصي ، فقتله فإن الوصية نافذة كان القتل عمداً أو خطأ ؛ إذ لا تهمة في ذلك ، وهو قوله في « كتاب ابن المواز » .

وإن [وهبه] [٤] في مرضه هبة ، فعدا الموهوب له فقتل الواهب [بعد][٥] أن قبض الهبة أو لم يقبضها ، فإن الهبة له جائزة في الثلث كان القتل عمداً أو خطأ إذا كانت هبة بتل لا يمكنه الرجوع فيها ، ولا تهمة في ذلك؛ لأن قتله قد أضر به ؛ إذ لو عاش كانت من رأس المال ، وهي الآن من الثلث [والحمد لله وحده] [٦].

---

(١) سقط من ب .
(٢) سقط من أ .
(٣) في أ : قبل .
(٤) في أ : وهب .
(٥) سقط من أ .
(٦) زيادة من ب .

المسألة الثامنة

فيمن أوصى لوارث ثم صار قبل [أن يموت][1] غير وارث أو كان غير وارث ثم صار وارثًا ، أو أقر له بدين على هذا

فإن أوصى لوارث ثم صار قبل موت الموصى غير وارث كامرأة أوصت لزوجها ثم طلقها البتة ثم ماتت ، أو أوصى لأخيه وهو يرى أنه وارثه ثم مات فظهر له حمل إما بزوجة أو أم ولده . فهل تصح الوصية للموصى له أو لا ؟ فالمذهب على قولين :

أحدهما : أن الوصية له نافذة ، سواء علم الموصى بحدوث الولد والحمل ، أو لم يعلم ، وسواء علمت الزوجة بالطلاق أو لم تعلم ، وهو قول ابن القاسم ، وأشهب في « العتبية » ، و« المجموعة » ، وهو قول أشهب في « المدونة » في « كتاب الوصايا الأول » .

والثاني : أن الوصية باطلة ، إلا أن تعلم المرأة بالطلاق ، أو لم يعلم الميت بالولد ، فتجوز وتنفذ ، وهو أحد قولي ابن القاسم عن مالك في « المجموعة » .

وينبني الخلاف : على الخلاف في الأمر إذا وقع موقع الفساد ثم انكشف عن السداد ، هل تستصحب معه حالة الابتداء ، أو يستصحب معه حالة الانتهاء ؟

فمن رأى أنه يستصحب معه حالة الابتداء قال : الوصية باطلة ؛ لوقوعها على الفساد .

ومن رأى أنه يستصحب معه حالة الانتهاء قال بنفوذ الوصية ؛ لأنه

(١) في أ : الموت .

انكشف الأمر في العاقبة أنها وصية لغير وارث .

وأما القول بالتفصيل بين العلم وعدمه [وهو قول ابن القاسم في «المدونة » في « كتاب الوصايا الأول »] (١) فمبني على اعتبار استدامة الشيء أنه كالإنشاء [لأنه] (٢) إذا علم صار كالمبتدئ [للوصية] (٣) من ساعته .

فإن أوصى لغير وارث ثم صار وارثًا ؛ مثل أن يوصي لامرأة ثم تزوجها ، أو أوصى لأخ له ولد ولد يحجبه عن الميراث ثم مات الولد ، وعاد الأخ وارثًا ، فالوصية باطلة [قولاً واحدًا] (٤) ؛ لقول النبي ﷺ : «**إن الله أعطى لكل ذي حق حقه ؛ فلا وصية لوارث** » (٥) .

والنظر في الوصية إلى يوم الموت لا إلى يوم الوصية .

وكذلك لو أوصى لابنه ، وهو عبد أو نصراني فلم يمت حتى عتق أو أسلم بطلت الوصية قولاً واحدًا .

ولو أقر بدين في مرضه لغير وارث ثم صار وارثًا ، فذلك لازم له ؛ لأن كونه غير وارث في حين إقراره له كإقراره في صحته ،ولا رجوع عن ذلك ، والوصية إذا صار الموصى له وارثًا كان له الرجوع عنها ؛فصار كأنه إذا نفذها بعد أن صار الموصى له وارثًا ؛ لأن له الرجوع عنها [والحمد لله وحده] (٦).

---

(١) سقط من أ .
(٢) سقط من أ .
(٣) سقط من أ .
(٤) سقط من أ .
(٥) تقدم .
(٦) زيادة من ب .

المسألة التاسعة

في معرفة ما تدخل فيه

الوصايا من مال الموصى مما لا تدخل فيه

ولا يخلو حال الموصى من وجهين :

أحدهما : أن يكون عالمًا بأصله .

والثاني : أن يكون غير عالم بأصله .

فإن كان عالمًا بأصله ، فلا يخلو من وجهين :

أحدهما : أن يملك التصرف فيه في الحال ، وفي ثاني حال .

والثاني : ألا يملك التصرف فيه في الحال ، ويملكها في ثاني حال لتعلق حق الغير به كالعمرى أو الحبس الذي إليه مرجعه ، فأما ما يملك التصرف فيه في الحال والمآل ، فلا يخلو من أن يكون حاضرًا معه أو غائبًا [عنه](1) .

فإن كان حاضرًا معه ، فلا يخلو من أن يعمل فيه عملاً يدل على أنه لم يرد دخول الوصايا فيه ، أو لم يعمل .

فإن عمل فيه عملاً يدل على أنه لم يرد دخول الوصايا فيه مثل أن يوصى لوارث أو أجنبي ، فإن الوصايا لا تدخل في حق الوارث ، ويتحاصان به الورثة مع أهل الوصايا ، فما صار للوارث رجع ميراثًا إن لم يجيزوا له بقية الورثة .

فإن لم يعمل فيها عملاً ، فإن الوصايا تدخل فيه قولاً واحدًا .

فإن كان عنه غائبًا كعبد آبق ، أو بعير شارد أو مال سفره في سفينة ،

---

(١) زيادة من ب .

فلا يخلو من أن ينقطع عنه خبر ما غاب عنه ،وجهل حاله ، أو بلغه الخبر بأن سفينته قد غرقت ، وأن العبد قد هلك .

فإن انقطع عنه خبر ذلك وجهل حاله ، فإن الوصايا تدخل فيه إذا رجع العبد إليه ، والبعير الشارد ، ووصلت السفينة بسلامتها ، ولو كان إيابهم بعد الإياس ، ولو بعد عشرين سنة ، وهو قول مالك ، وابن القاسم في «الموازية » ، و« المجموعة » .

فإن بلغه الخبر أن السفينة قد غرقت ، وأن العبد قد هلك ، ثم ظهر سلامة ذلك بعد موت الموصي ، هل تدخل فيه الوصايا أم لا ؟

فالمذهب على ثلاثة أقوال :

أحدها : أن الوصايا لا تدخل فيه جملة .

والثاني : أن الوصايا تدخل فيه .

والقولان رواهما أشهب عن مالك في «العتبية » وغيرها .

والثالث : التفصيل بين أن تشهد بذلك عنده بينة أو لا ؛ فإن شهدت عنده بينة بغرق السفينة ، وموت العبد أو بلغه الخبر ، فطال زمان ذلك ، وآيس منه ثم مات فلا تدخل فيه الوصايا.

وإن كان بلغه بلاغًا ثم مات بقرب ذلك ، ولم يشهد بذلك عنده أحد، فإن الوصايا تدخل فيه ،وهي رواية عيسى ، وأصبغ عن ابن القاسم في «المجموعة » .

وأما أن كان ذلك المال مما لا يملك التصرف فيه في الحال ويملكه هو أو وارثه في ثاني حال ؛ لتعلق حق الغير به كالعمرى أو الحبس الذي مرجعه إليه، فإن الوصايا تدخل فيه ، وهو قول مالك في « الموازية » ، و«المجموعة».

والجواب عن الوجه الثاني من أصل التقسيم : إذا كان الموصي غير عالم بأصله كمال ورثه ببلد بعيد ، ولم يعلم به حتى مات ، أو دية العمد قبلت بعد موته . هل تدخل فيه الوصايا أم لا ؟

فالمذهب على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه تدخل فيه جميع الوصايا كمالٍ علم به ، وهذا القول حكاه الحفيد عن مالك في كتاب « النهاية » .

والثاني : أنه لا يدخل فيه إلا المدبر في الصحة خاصة ، وهو قول ابن القاسم في « الكتاب » .

والثالث : أنه لا يدخل فيه إلا المُدَبَّر في الصحة والمرض خاصة ، وهو قول ابن القاسم في « الموازية » وغيرها .

فوجه قول من قال : إن جميع الوصايا تدخل فيه كمالٍ علم به [لحق][1] الموصى له ؛ لأنه مال للوصي داخل في ملكه وتحت ولايته ، وأنه يورث عنه كمال علم به وجهله لا يؤثر ؛ لأنه قال : ثلث مالي لزيد ، والغائب من حمله ماله بلا خلاف .

ووجه القول الثاني أنه لا يدخل فيه إلا المُدَبَّر في الصحة بناء على أن قصد الموصي بالوصية ما علم به من المال دون ما لم يعلم ، والمدبر في الصحة ماله إلى الثلث بعد الموت ، والمال الذي يخرج من ثلثه مجهول العين ؛ إذ لا يدري سيده هل يخرج من هذا المال الذي بينه الآن أو يفنى هذا المال وينفد ، ويستفيد مالاً آخر يخرج من ثلثه؛ ولهذا قال : يخرج المدبر في الصحة مما علم ، ومما لم يعلم بخلاف المُدَبَّر في المرض ؛ لأن المرض من أسباب الموت ، والمال الذي بيده معين ، فكأنه قصد إلى خروجه

(١) في أ : بحق .

من ثلثه كالوصية بمال .

ووجه القول أن المدبر في المرض لما كانت له المـزية بالتبدية على ما دونه من الوصـايا وجب [ق/ ٢/٢٢٩ ـ أ] أن يكـون له المزية عـليها أيـضًا في دخولها فيمـا علم به ، وفيما لم يعلـم كالمدبر في الصحة فيمـا لم يعلم به الموصى مـا قدمناه ،وهذا مـعنى معـدوم في المَدَبَّر في المـرض [والحمد لله وحده][(١)] [ق/ ٢٣٠ب].

(١) زيادة من ب .

المسألة العاشرة

في ترتيب الوصايا وتبدية بعضها على بعض في الثلث

ولا يخلو ثلث الموصى من أن يكون [فيه محمل] [١] لجميع الوصايا ، أو ضاق عن بعضها .

فإن كان فيه محل لجميع الوصايا ، فلا إشكال .

وإن ضاق عن بعضها ، فهذا محل الكلام في اعتبار تبدية الأقوى على الأضعف ، ونحن نبين ذلك على أحسن سياق ، وأبلغ نظام إن شاء الله فنقول ـ وبالله التوفيق : لا يخلو الموصي من وجهين :

أحدهما : أن يصرد وصاياه من غير أن ينص على تقدمة بعضها على بعض .

والثاني : أن ينص على تقدمة الأضعف على الأقوى .

فإن صرد وصاياه ،ولم ينص على تقدمة بعضها على بعض ،فإنه يبدي الآكد ، فالآكد تقدم باللفظ أو تأخر .

وإن نص على تبدية الأضعف على الأقوى ، فإنه يبدأ بالذي نص على تبديته ؛ اتباعًا لوصيته وما يقرضه .

وقولنا : إنه يُبَدّى الآكد ، فالآكد لا الأقدم فالأقدم ، قال عبد الملك ابن الماجشون ، قال عبد الملك بن الماجشون في « الواضحة » : وذلك ما لم يكن يكن الأقدم مما لا يجوز له الرجوع عنه كالمبتل في المرض ، والمُدَبَّر فيه ، والعطية البتل فيه ، فإنه يبدأ بالأقدم فيه على الآخر .

---

(١) في أ : محلاً .

فإذا ثبت ذلك فأول ما يخرج من الثلث المدبر في الصحة ، وصداق [المريض] [١] إذا دخل في مرضه ، وقد اختلف فيهما على ثلاثة أقوال ، كلها قائمة من « المدونة » :

أحدها : أنه يبدأ بالمُدَبَّر في الصحة ، وهو ظاهر قوله في « كتاب الصيام » من « المدونة » .

والثاني : أنه يبدأ بصداق المريض ، وهو ظاهر قوله في « كتاب النكاح الثاني » ، و«كتاب الأيمان بالطلاق من « المدونة » .

والثالث : أنهما يتحاصان .

والأقوال الثلاثة لابن القاسم .

ووجه القول بتقديم المُدَبَّر في الصحة ؛ لأنه أمر لزم في الصحة ، فكان مقدمًا على ما يلزم في المرض كما يقدم على العتق المبتل في المرض .

ووجه القول بتبدية الصداق ؛ لأنه مختلف في كونه من رأس المال ، أو من الثلث ؛ ولكونه إن صح من هذا المرض ، صار كالدين يتعلق بالذمة ، ويكون من رأس المال باتفاق المذهب .

ووجه القول بالمحاصاة مساواتهما في المرتبة والقوة ، وعدم الترجيح.

ولا خلاف في المذهب في تقديم هذين الاثنين على ما عداهما من الوصايا إلا ما قاله أشهب في « المجموعة » ؛ فإنه قال : إذا كان التدبير مع الزكاة والكفارة في لفظ واحد، وكان التَّدْبِير بعد ذلك ، فالزكاة والكفارة مقدمة عليه .

ووجه قول الجمهور أنّ التَّدْبِير أمر لازم حال الصحة مختص بالعتق ، وللعتق تأثير في التقديم .

---

(١) في أ : المنكوحة في المرض .

ووجه قول أشهب : أن هذه حقوق لازمة مقدمة بالشرع ، فكانت مقدمة على ما يلزمه المرء نفسه ؛ ولذلك قدمت على سائر الوصايا ، ثم بعد ذلك على مذهب ابن القاسم ما فَرَّط فيه من زكاة الحرث ، والعين ، والماشية ، ثم ما فرَّط فيه من زكاة الفطر ، خلاف ما ذهب إليه ابن الماجشون على ما سنبينه آخرًا إن شاء الله ، ثم العتق في الظهار ، وقتل النفس في الخطأ.

ولا يخلو من أن يكون في الثلث رقبة ،وإطعام ستين مسكينًا ، أو لم يكن فيها إلا الرقبة [فإن كان الثلث الرقبة والإطعام ، فإن الرقبة تعتق عن القتل ، ويطعم عن الظهار ، وإن لم يكن فيه إلا الرقبة وبعض الإطعام][1]؛ فقد اختلف فيها على خمسة أقوال :

أحدها : أنه يبدأ بكفارة قتل النفس .

والثاني : أنه يبدأ بكفارة الظهار ، فإن بقي شيء أشرك به في كفارة القتل .

والثالث : أنهما يتحاصان فما صار للظهار أطعم به ، وما صار للقتل أعين به في رقبة .

والرابع : أنه يقرع بينهما .

والخامس : أن الورثة يخيرون ، ويعتقدون على أيّ الكفارتين شاؤوا.

وأوجه تبدية الزكاة على العتق في الظهار ، وقتل النفس أن الزكاة واجبة بالشرع على معنى التزكية ، والتطهير للمكلف ، ولا بدل لها ؛ فوجب تقديمها ، والعتق في الظهار ، وقتل النفس ، وإن كان وجوبهما بالشرع المنقول ، فإن لهما بدلاً ـ وهو الصيام في القتل والصيام أو الإطعام

(١) سقط من أ.

في الظهار ، وأيضًا فإن سبب وجوبهما جناية المكلف ؛ فكانت الكفارة عقوبة عليه ، والزكاة تطهير للنفس من داء البخل ، وشكر لمالك الكل .

واختلف فيما بينهما في الترتيب على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه [يليهما] [1] في الترتيب كفارة اليمين ، ثم كفارة الفطر في رمضان متعمدًا ، ثم كفارة التفريط في قضاء رمضان .

والثاني : أن الإطعام لقضاء رمضان يبدى على كفارة اليمين عند ابن القاسم .

والثالث : أن المبتل في المرض ، والمدبر في المرض مقدمان على كفارة اليمين ، وكفارة رمضان ، والأول أصح .

وعلى القول بتبدية الكفارة على المبتل في المرض ، هل يبدأ بكفارة اليمين على كفارة رمضان أم لا ؟ فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنه يبدأ بكفارة اليمين ، وهو [ظاهر] [2] قول مالك في « كتاب الصيام » من « المدونة » .

والثاني : أنه يبدأ بكفارة رمضان .

والأول أظهر وأصح . ووجهه أن كفارة اليمين بالله تعالى ثابتة بنص القرآن ، وكفارة الفطر في رمضان متعمدًا ثابتة بأخبار الآحاد ، وكفارة قضاء رمضان ثابتة بالاجتهاد .

ثم النذر على قول ابن أبي زيد إذا أوصى به وعند غيره ، ثم العتق المبتل في المرض ، والمُدَبَّر فيه ، وهو الصحيح .

ولا يخلو من أن يكونا في فور واحد ، أو كان أحدهما قبل الآخر .

---

(١) في ب : بينهما .

(٢) سقط من أ .

فإن كان أحدهما قبل الآخر ، فيبدأ بالأول منهما .

وإن كانا في فور واحد ، فاختلف في أيهما يبدي على ثلاثة أقوال:

أحدها : أن المبتل في المرض يبدي على المدبر فيه .

والثاني : أن المدبر في المرض يبدي على المبتل فيه .

والثالث : أنهما يتحاصان في الثلث .

ثم بعدهما الموصي بعتقه بعينه ، والموصي أن يشترى فيعتق ، والموصي بعتقه على مال إذا عَجَّل المال ، والموصي بكتابته إذا عَجَّل الكتابة ، والموصى بعتقه إلى شهر ، فقيل : إنهم يتحاصون جميعهم في الثلث ، ولا يُبَدّى بعضهم على بعض .

وقيل : إن الذي أوصى بعتقه بعينه يُبَدَّى على الموصي بشرائه للعتق .

ثم بعد هذه الخمسة الموصى بعتقه إلى شهر ، والموصى بكتابه ، فقيل: إنهما يتحاصان ، وقيل : إن الموصى بعتقه إلى سنة كالموصى بعتقه إلى سنتين .

وقال غير الشيخ محمد بن أبي زيد : ثم النذر ، وهو بعيد لتبدية الموصى بعتقه عليه ؛ لأن الوصية بالعتق يصح الرجوع فيها ، والنذر لازم لا رجوع فيه ؛ فهو إذا أوصى به آكد منه .

وقول ابن أبي زيد أصح .

ثم الوصية بالعتق بغير عينه ،وبالمال ،وبالحج ، وقد اختلف في ذلك على قولين :

أحدهما : أنها كلها سواء ، ويتحاصون في الثلث ، وهو أحد قولي مالك في « المدونة » .

والثاني : أنه يبدي بالعتق على الحج [ويتحاصان] [١] مع المال ، وهو قوله الثاني فيها ، ووجه هذا القول أن العتق عنده آكد ثم يليه المال ، ثم يليه الحج ؛ فيتحاص العتق مع المال ، ولا يبدي أحدهما على صاحبه ؛ لقرب ما بينهما في التأكيد ، ويبدي العتق على الحج ؛ لبعد ما بينهما على ما رتبناه .

ووجه العمل فيه أن يتحاص العتق ، والمال ، والحج ، فما ناب العتق، والحج بدئ فيه العتق على الحج ،ولم يكن للحج من ذلك إلا ما فضل عن العتق.

وقيل : يبدأ بالحج ، ثم يتحاص في المال ، والعتق .

وقيل : يُبَدّى العتق ، ويتحاص في المال والحج .

وسواء كانت الوصية بالمال جزء أو عدد .

فإن اجتمعا جميعًا ـ الوصية بالعدد والوصية بالجزء ـ فالمذهب على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه يبدأ بالجزء .

والثاني : أنه يبدأ بالعدد .

والثالث : أنهما يتحاصان .

وهذا الاختلاف موجود لمالك ، وابن القاسم ، ومعناه في الضرورة .

وأما في حجة التطوع ، فلم يختلف [قولهما] [٢] في أن العتق مبدى عليهما ، ولا في أن الحج لا يبدى على المال .

---

(١) في ب : ويتحاص .

(٢) سقط من أ .

واختلف [قول ابـن القاسم] [١] في «العتبية » هـل يبدى المال على الحج أو يتحاصان على قولين :

أحدهما : أنهما يتحاصان ، وهو قوله في « العتبية » .

والثاني : أن الوصية بالمال تُبَدَّى .

فهذا ترتيب الوصايا على مذهب ابن القاسم .

وأما على مذهب ابن الماجشون ، فإن المُدَبَّر في الصحة يبدى عنده على المبتل في المرض ، والمبـتل في المرض يبدى على العطية المـبتلة في المرض ، والعطية المبتلة في المرض تُبَدّى على التَّدْبِير في المرض ،[والتَّدْبِير في المرض يُبَـدّى] [٢] على الزكاة التي فَرَّط فيها ، والزكـاة التي فَرَّط فيها تُبَدّى على عتق كفارة الخطأ ، وعتق كفارة الخطأ يُبَدّى على عتق كفارة الظهار.

قال : وكل ما نعت لك من هذا ، فسواء كان في فَوْر واحد أو في فَوْر بعـد فَوْر ؛ إنما يُـبَدَّى الأوجب ، فالأوجـب ،والأثبت ، فـالأثبت عـلى [حال] [٣] ما فسرت لك .

وقال بعض المتأخرين : والذي ذهب إليه عبد الملك أقوى في الحجة مما ذهب إليه ابـن القاسم ؛ وذلك أن للمـوصى أن يرجع فيمـا أوصى به من الزكـاة ، ولا يجوز لـه أن يرجع عـما بـتله أو دبـره [ق/ ٢٦٠/ ٢ أ] في المرض، وما لا يجـوز له الرجوع فيه آكد ممـا له الرجوع فيه ، وأيـضًا فإنه يتهم على أنـه أراد أن يرجع فيما بتله أو دَبَّره ، فـأوصى بزكاة [ليس] [٤] عليه ، وحـكى القاضي أبو محمـد عبد الوهاب في « المعونـة » أن الوصية

(١) في أ : قوله .
(٢) سقط من أ .
(٣) سقط من أ .
(٤) سقط من أ .

بالعتق المعين تُبَدّى على الزكاة ، وهو بعيد في القياس ، ووجهه اتباع ظاهر الحديث روى عنه ﷺ أنه أمر بتبدية العتق على الوصايا ؛فعم ولم يخص .

وحكى ابن زرب أن الشيوخ أجمعوا علـى أن الوصية بالحج تُبَدَّى على كل شيء ؛ المُدَبَّر وغيره .

وكان أبو عمـرو الاسبياني بدأ بتبـدية ما أوصى به في فداء أسـير على جميع الـوصايا؛ المُدَبَّر في الصحـة وغيره ، ويحتج بما روى عـن مالك أنه قال: لا يحل لأحد أن يقتني مالاً ما دام أحد من أسارى المسلمين في أيدي العدو ، وحـكى ذلك عنه ابـن عتاب ، وقال : إن الـشيوخ أجمعـوا على ذلك .تم [كتاب الوصايا الأول] [١] بحمد الله وعونه .

❑❑❑

(١) في أ : الكتاب .

فهرس الموضوعات



فهرس الموضوعات

كتاب القسمة

كتاب الوديعة

كتاب العارية

كتاب اللقطة

كتاب حريم الآبار

كتاب الحبس

كتاب الصدقة والهبة

كتاب الهبات

كتاب الوصايا الأول